

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

L'ORDRE AMIABLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Vendredi 24 Janvier 1896, à deux heures et demie

PAR

Maurice ROULLET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. GARSONNET, Professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, Professeur.
GLASSON, Professeur.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

1896

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

L'ORDRE AMIABLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Vendredi 24 Janvier 1896, à deux heures et demie

PAR

Maurice ROULLET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

ACAD.

IGD.BAT.

BIBL.

Président : M. GARSONNET, Professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, Professeur.
GLASSON, Professeur.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, rue Soufflot, 16

1896

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Notre ancien Droit qui n'a point connu la conciliation devant le juge de paix comme préliminaire obligé de toute instance, ne pouvait concevoir une tentative de conciliation antérieure à l'ordre. Aussi ne trouve-t-on rien dans notre ancienne législation, qui soit analogue au règlement amiable définitivement organisé par la loi du 21 mai 1858. C'est seulement dans le Code de procédure qu'apparaît pour la première fois, mais sous une forme encore très imparfaite, l'idée de cette conciliation spéciale. L'ancien article 749 se contentait, en effet, de dire que dans le mois de la signification du jugement d'adjudication, les créanciers et la partie saisie seraient tenus de se régler entre eux sur la distribution du prix. Ce n'était qu'à défaut de règlement amiable dans ce délai, qu'avait lieu l'ordre judiciaire. Cette disposition était semblable à celle de l'article 656 pour les distributions par contribution, et autrefois, les règlements consensuels d'ordre étaient, paraît-il, aussi rares que le sont actuellement les règlements consensuels de contribution. Défaut d'initiative, intérêt trop minime de la part des créanciers pris in-

dividuellement, absence d'un conciliateur exerçant une influence efficace sur ceux des créanciers qui ne seront point intégralement colloqués ou même ne le seront pas du tout, telles étaient les causes qui empêchaient généralement tout règlement amiable; quant au saisi, il n'en prendra jamais l'initiative; comme aucune partie du prix ne doit lui revenir, et qu'il est généralement insolvable, il se désintéresse le plus souvent de l'ordre.

A tous ces points de vue, il n'en est pas de même en matière de conciliation devant le juge de paix, parce qu'il n'y a, en général, que deux parties en cause, et qu'il n'y a point dans ce cas, comme il y a toujours en matière d'ordre certains créanciers qui subiront nécessairement une perte, leurs hypothèques étant primées par d'autres, puisque le prix à distribuer est toujours inférieur au total des créances hypothécaires.

Cette lacune législative obligeait aux frais et aux lenteurs de l'ordre judiciaire des créanciers qui, en réalité, se seraient mis facilement d'accord s'ils s'étaient trouvés en présence, puisque, d'après les statistiques, sur quatre ordres judiciaires un seul donnait lieu à une contestation. Elle a cependant subsisté dans nos lois pendant plus d'un demi-siècle, et n'a été comblée qu'à l'exemple des législations étrangères. La Sardaigne, le canton de Genève et la Belgique où le Code de procédure français était resté en vigueur, nous ont précédé dans cette voie.

Le canton de Genève, imitant un certain nombre de nos anciennes coutumes (Bourgogne, Lorraine, Angoumois, Parlement de Bordeaux), a placé l'ordre avant l'adjudication et le règlement amiable après le règlement provisoire de l'ordre judiciaire. Ici la tentative de conciliation est destinée à éviter les contestations qui pourraient être élevées contre le règlement provisoire, elle n'est point destinée à éviter l'ordre judiciaire.

Mais c'est la loi belge du 15 août 1854 qui a véritablement créé l'ordre amiable, c'est celle dont le législateur français s'est surtout inspiré. Comme la loi belge, la nôtre est destinée à éviter non point la contestation du règlement provisoire (ce qui est le but de la loi du 20 juin 1834 pour le canton de Genève, dont le principe a été adopté par le Code de procédure italien de 1865), mais à éviter l'ordre judiciaire lui-même. Plus de la moitié des ordres, 54 0/0 en 1892 (1), ont été terminés amiablement.

Peu de lois de procédure ont eu un succès aussi complet : celle-ci réalise, en effet, une grande amélioration aussi bien au point de vue de la durée qu'au point de vue des frais de l'instance, et l'on sait que ce sont toujours les deux grandes imperfections de notre procédure. Au point de vue des frais, la moyenne des frais d'ordre amiable a

(1) Cette proportion s'est même, à certaines époques, élevée jusqu'à 68 0/0.

été de 322 francs, et celle des frais d'ordre judiciaire de 688 francs (1). Les frais d'un ordre purement consensuel seraient certainement plus considérables que ceux d'un ordre amiable, car les principaux frais de l'ordre amiable (frais extraordinaires de transcription, radiation des hypothèques, etc.), se retrouveraient en cas d'ordre consensuel, et il y aurait en plus les honoraires du notaire, le règlement consensuel d'un ordre ne pouvant se faire sous seings privés, parce que les hypothèques ne peuvent être radiées (C. Civil, art. 2158) qu'en vertu d'un acte authentique. Au point de vue de la durée, sur 6.754 ordres terminés amiablement, 4.279 l'ont été dans les trois premiers mois, alors que 17 ordres judiciaires seulement sur 4.706 l'étaient dans le même délai. Au bout d'un an, il restait encore 2.380 ordres judiciaires à terminer, soit plus de la moitié, et seulement 303 ordres amiables.

Cette loi a donc eu d'excellents résultats. Est-ce à dire qu'elle a atteint la perfection? Il s'en faut : une expérience de près de quarante ans a déjà montré la nécessité de certaines modifications : enfin, le législateur s'est volontairement abstenu de trancher plusieurs questions importantes, en déclarant que sur ces points, il s'en rapportait à la jurisprudence à venir.

(1) En 1892, il y a eu 4.624 ordres judiciaires, dont les frais totalisés montent à 3.182.956 francs, et 5.525 ordres amiables qui ont coûté 1.780.098 francs. Les ordres amiables, quoique beaucoup plus nombreux, ont coûté à peu près deux fois moins cher.

Cette réserve du législateur, d'ailleurs fort peu juridique, ne manque pas d'inconvénients : en pratique, tous les tribunaux ne tranchent point, dans le même sens, les questions que le législateur n'a pas voulu trancher lui-même, et il faut un très grand nombre de décisions judiciaires avant que la jurisprudence soit bien ferme. Par exemple, la Commission du Corps Législatif avait proposé un amendement qui donnait au tuteur le pouvoir de consentir l'ordre amiable, celui-ci étant considéré comme un simple acte d'administration. Le Conseil d'État a repoussé cette proposition pour laisser à la jurisprudence le soin d'appliquer les principes généraux du Droit. Il en résulte qu'à l'heure actuelle, après quarante ans, auteurs et tribunaux sont encore divisés à ce sujet.

Enfin, quelques lignes seulement ont été consacrées à cette importante innovation. On eût évité un grand nombre de difficultés en consacrant plus d'un article au règlement amiable ; il se trouve que l'on n'est même point complètement d'accord sur sa nature même, et ce, à cause du laconisme de notre loi.

Mais avant d'étudier les graves controverses qui subsistent encore et dont l'importance théorique égale l'importance pratique, il faut examiner quelle sera la marche normale d'un ordre amiable.

CHAPITRE PREMIER

QUAND Y A-T-IL LIEU D'OUVRIR L'ORDRE

Purge. — Le Code de procédure, suivant en cela l'exemple de la majorité de nos coutumes et notamment celui du Châtelet de Paris, a placé la procédure d'ordre après le jugement d'adjudication. Outre que le prix se trouve alors définitivement fixé, ce système a l'avantage de ne point retarder indéfiniment l'adjudication si des contestations s'élèvent entre créanciers. Ce retard serait très préjudiciable tant aux créanciers qu'au saisi, parce que l'immeuble se trouve presque abandonné entre la saisie et l'adjudication. Enfin, seule, la transcription du jugement d'adjudication arrêtera définitivement le cours des inscriptions, et la liste des créanciers se trouvera ainsi définitivement close.

Mais avant l'ouverture de l'ordre, il faut, dit l'article 772, que la purge des hypothèques ait eu lieu. Si, ce qui

arrive le plus souvent en matière d'ordre, l'adjudication a eu lieu sur saisie, il n'y a point de difficultés, car celle-ci, comme on sait, purge les hypothèques. Mais si la vente est volontaire, on se demande si la généralité des termes de l'article 772 exige et la purge des hypothèques légales, et celle des hypothèques inscrites.

Dans ces ventes, si l'acquéreur n'opérait point de purge d'hypothèques inscrites, comme le prix ne serait point définitivement fixé à l'égard des créanciers hypothécaires, ceux-ci pourraient le contraindre à payer ou à délaisser, et s'il n'opérait point la purge des hypothèques légales et que des hypothèques de cette nature venaient à être inscrites, l'ordre aurait été incomplet et l'adjudicataire aurait payé à tort. Il pourrait même être condamné aux frais du deuxième ordre qu'il aurait ainsi rendu nécessaire.

C'est une question que de savoir si l'article 772 exige l'une et l'autre purge. L'affirmative s'appuie surtout sur ce que l'ancien article 775 renvoyait formellement aux articles 2185 et 2194 du Code Civil ; mais comme la purge des hypothèques légales ne fait le plus souvent surgir aucune inscription et grève très lourdement et sans utilité les petites adjudications, on proposa, en 1858, de n'exiger que la purge des hypothèques inscrites, et de laisser l'adjudicataire libre de faire ou de ne pas faire celle des hypothèques légales, le tout à ses risques et périls. C'est

ce qu'a semblé admettre le Conseil d'État qui repoussa pourtant la disposition de la commission du Corps Législatif pour éviter toute confusion avec celle des hypothèques inscrites. (V. Audier sur l'art. 772.)

Cette faculté se justifie fort bien en pratique, et la jurisprudence l'a définitivement adoptée.

A l'égard de la purge des hypothèques inscrites, bien que l'article 772 soit absolu, on admet généralement que si elle n'a pas eu lieu avant l'ouverture de l'ordre, celui-ci n'est pas nécessairement frappé de nullité. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de la Seine du 16 août 1873 (*Journal des Avoués*, t. 101, p. 69) décide que l'acquéreur n'est plus recevable à se prévaloir de la nullité résultant du défaut de purge quand tous les créanciers ont adhéré au règlement amiable et que celui-ci se trouve clos. Il appartenait, en effet, à l'acquéreur d'y procéder auparavant. — *Contra* Cassation, 4 juin 1889. — S. 1.65. — Dalloz n° 136. On se fonde notamment sur ce que le rapporteur de la loi de 1858 n'admettait point la nullité. Cette solution est passée en pratique et ne paraît pas contestable. Il ne s'agit pas, bien entendu, du cas d'un ordre ouvert après saisie immobilière. En effet, d'après l'article 717 du Code de procédure, toutes les hypothèques inscrites ou non sont purgées, de sorte que les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. Mais si l'aliénation a été volontaire et que, bien entendu, le prix soit inférieur au montant de toutes les

inscriptions (autrement il n'y aurait pas lieu à ordre, faute d'intérêt de toutes les parties), qu'arrivera-t-il si la purge n'a pas eu lieu ? Les créanciers inscrits n'ayant pas eu la faculté de surenchérir, le prix n'est aucunement fixé à leur égard, et bien certainement ceux d'entre eux qui n'auront point été complètement colloqués se garderont de consentir à l'ordre amiable ; en outre, ils pourront, et ce sera là un simple effet de leur droit de suite, forcer l'acquéreur à payer ou délaisser, puisque la purge des hypothèques inscrites a été justement imaginée pour permettre aux acquéreurs d'éviter ces deux solutions. (Voir Code Civil, art. 2167.)

Mais les créanciers et même le juge-commissaire pourront s'opposer à ce qu'il soit procédé au règlement de l'ordre à moins que les créanciers n'aient consenti à cet état de choses. Il y a là, de la part des créanciers, une renonciation à leur droit de surenchère.

Il faut mentionner encore une exception, amenée par la règle « *Surenchère sur surenchère ne vaut.* » Par exemple, un immeuble appartenant à des incapables est licité, une surenchère du sixième intervient (Code de procédure, art. 965) et la revente a lieu. Le prix est définitivement fixé. Cette solution est pourtant contestée. On dit que cette adjudication étant étrangère aux créanciers hypothécaires, ne saurait leur être opposée : il faut répondre que le droit de surenchère leur a été donné pour parer à une collusion

possible entre le vendeur et l'acquéreur ; que comme la vente a été publique, ce soupçon est écarté, et que si les notifications étaient faites, aucune surenchère ne pourrait intervenir.

Cette question a, au point de vue pratique, un très grand intérêt parce que si l'on décide que l'acquéreur est obligé de faire ces notifications, il faut aussi décider que ces frais ne resteront point à sa charge, mais qu'il aura, au contraire, une collocation par privilège pour ces frais comme pour les frais de poursuite d'ordre. Décide-t-on qu'il a seulement la faculté de les faire, cette purge prend alors vis-à-vis des créanciers inscrits un caractère de mise en demeure qui la rapproche de la purge d'hypothèques légales ; comme le créancier n'a point l'obligation de la faire, qu'il ne la fait que pour sa tranquillité et pas du tout dans l'intérêt commun, on doit conclure que les frais resteront à sa charge sans recours. (V. Preschez p. 27.) La jurisprudence se trouve divisée sur ce point. Pour la collocation par privilège, v. Tribunal de Dié, 27 avril 1864, *Journal des Avoués*, 64-180 ; *Contra*, Toulouse, 16 juillet 1860, *Journ. Avoués*, 63-46 ; Grenoble, 13 juin 1862, *Journ. Avoués*, 63-53.

Créancier unique. — Avant d'examiner quelle est la procédure de l'ordre il convient d'examiner si l'on doit réunir les intéressés et tenter de les concilier lorsqu'il n'y a qu'un créancier inscrit.

La question est très controversée. La jurisprudence constante de la Cour de Cassation qu'un certain nombre d'auteurs approuve (1), décide que l'on ne saurait, dans ces conditions, procéder à la tentative de règlement amiable. En effet, disent les auteurs qui soutiennent cette opinion, l'ordre suppose nécessairement la présence de plusieurs créanciers, cela résulte du mot lui-même. On ajoute que l'ordre amiable pouvant se conclure sans le concours du saisi ni de l'adjudicataire, le créancier hypothécaire se trouverait en fait seul à le consentir, et seul à en bénéficier. On décide en conséquence que la procédure d'ordre serait frustratoire. Si c'est l'adjudicataire qui veut se libérer, il devra faire au créancier des offres réelles ; si c'est le créancier qui veut agir il devra faire commandement et poursuivre la revente sur folle enchère.

Mais beaucoup d'auteurs (2) soutiennent l'opinion contraire qui est de pratique absolument courante au Tribunal de la Seine. On dit en faveur de ce second

(1) Rousseau et Laisney, Ordre n° 334, *Journ. des Avoués*, t. 47, p. 365 ; voir Grosse et Rameau, t. II, n° 488, Bressoles, p. 35, Seligman, n° 574, Duvergier, *Lois annotées*, 1858, p. 152, note 5, Audier, sur l'article 773, n° 25, Houyvet, n° 84. Sur cette jurisprudence, V. Cass., 22 juillet 1872 (D. 75. I. 350). Requêtes, 25 novembre 1874 (D. 75. I. 358. S. 75. I. 445). Ch. civ. Rejet, 28 décembre 1885 (D. 86. I. 339).

(2) Chauveau, q. 2615 *ter*, Ollivier et Mourlon, n° 514, M. Bauby, *Revue pratique de Droit français*, tome XIII, p. 301, Preschez, p. 31. M. Garsonnet, *Traité de Procédure*, tome IV, p. 475, Trib. d'Evreux, 29 août 1873 (*Journ. des Avoués*, t. 98, p. 409).

système que pour savoir s'il y a lieu à un essai de règlement amiable, il ne s'agit pas du tout de savoir s'il y a lieu à ordre. En effet, l'article 773 du Code de procédure exclut formellement la procédure d'ordre lorsqu'il y a moins de quatre créanciers inscrits. L'argument que l'on tire du sens littéral du mot ordre n'a donc ici aucune valeur. D'autre part, les termes généraux de l'article 773 rendent nécessaire l'emploi de la procédure d'attribution lorsqu'il y a moins de quatre créanciers. Ne faut-il point, puisque la loi doit s'interpréter si littéralement, dire que le cas où il n'y a qu'un seul créancier est visé par cet article ?

La seule question qui se pose est donc de savoir si la procédure spéciale, établie par l'article 773, doit être précédée d'une tentative de règlement amiable. Or cet article renvoie formellement à l'article 751. D'ailleurs, la circulaire ministérielle du 2 mai 1859, qui peut souvent servir à interpréter la loi, dit « que l'instance en attribution de prix n'a lieu dans tous les cas qu'à défaut de « règlement amiable. »

On dit en outre que le règlement amiable et la procédure qui le suivra seront inutiles et par suite frustratoires. Mais outre que des difficultés entre le créancier hypothécaire et l'adjudicataire ou le saisi, peuvent être tranchées d'un commun accord en présence du juge, il faut se souvenir qu'il y a aussi des créanciers à hypothèque légale ou

les créanciers privilégiés de l'article 2101 que l'article 2107 du Code Civil dispense d'inscription, qui peuvent intervenir jusqu'à la clôture de l'ordre (Proc. 717). L'intervention possible de ces créanciers privilégiés est de nature à rendre le règlement amiable indispensable, puisque leur droit de préférence ne s'éteint que par la clôture du règlement amiable, ou l'expiration du délai de quarante jours que l'article 754 accorde à tous les créanciers pour produire.

D'ailleurs de ce que le règlement amiable puisse se conclure sans le concours de l'adjudicataire, il ne s'ensuit point que celui-ci ne puisse y trouver un grand avantage. Si, en effet, il a déposé son prix, il pourra demander et obtenir sa libération, et arriver ainsi rapidement et à peu de frais, à la radiation de l'inscription.

Du reste, c'est justement lorsqu'il y a peu d'intéressés, que le règlement amiable sera facilement consenti ; pourquoi empêcher le créancier unique et l'adjudicataire de profiter de cette heureuse innovation législative ? Aussi, la majorité des auteurs est-elle d'avis de laisser aux intéressés le choix entre les deux modes de procéder que nous avons développés plus haut.

CHAPITRE II

PROCÉDURE DE L'ORDRE

La vente ou la revente sur folle enchère étant devenue définitive et la purge opérée s'il y a lieu, il faut ouvrir l'ordre (1). Mais qui a qualité pour l'ouvrir ? Le Code de Procédure (art. 750 et 772) donne ce droit au plus diligent, des créanciers ou de l'acquéreur, sauf une exception dans le cas de saisie : alors le saisissant a, dans la huitaine qui suit la transcription, le privilège de l'ouvrir ; passé ce délai, ce droit appartient également au plus diligent.

L'ouverture consiste dans la transcription par l'avoué du poursuivant d'un dire où il requiert l'ouverture du procès-verbal d'ordre et la nomination d'un juge-commissaire

(1) Le Tribunal compétent sera toujours celui de la situation de l'immeuble, même si par une circonstance quelconque la vente avait eu lieu devant un autre Tribunal. C'est le droit comme en matière immobilière.

« s'il y a lieu » (art. 750). Ces mots rappellent qu'il n'y a besoin d'une nomination que si aucun juge n'a été spécialement chargé des ordres par décret du Président de la République, ou qu'au contraire plusieurs en ont été chargés, ce qui arrive dans les tribunaux très importants et notamment à Paris. Dans ces deux cas, le président du tribunal désigne en marge l'un des juges. Cette désignation ayant un caractère d'administration intérieure n'est point sujette à enregistrement (Instructions de la Régie de l'Enregistrement du 5 février 1844). En même temps l'avoué du poursuivant remet au greffier l'état d'inscriptions qu'il a dû lever après la transcription du jugement d'adjudication et qu'en pratique on nomme « état sur transcription ». Mais supposons qu'un intéressé veuille s'opposer à l'ouverture de l'ordre, par exemple, prétendant que le tribunal saisi est incompétent, dans quelle forme devra-t-il procéder ? Il fera au bas de l'ordonnance commettant le juge-commissaire un dire par lequel il s'opposera à l'ouverture de l'ordre et l'on renverra à l'audience. Il pourra également s'opposer pour le motif au règlement amiable, puis au règlement provisoire, et l'affaire viendra à l'audience.

Le juge saisi, soit par la désignation du président, soit par le fait même de la réquisition, s'il a été désigné par décret pour régler les ordres du ressort, et s'il l'a été seul, doit, dans les trois jours s'il est juge spécial, dans les huit

jours s'il est commis, faire convoquer les créanciers inscrits, la partie saisie et l'adjudicataire pour tenter un règlement amiable. Cette tentative, œuvre de la loi du 21 mai 1858, n'est pas sans analogies avec la conciliation ordinaire qui a lieu devant le juge de paix : pour toutes deux les parties sont convoquées par lettres et non par exploits ; le juge peut, dans les deux cas, prononcer contre les défailtants une amende (la différence entre les chiffres importe peu) ; enfin dans toutes deux, le juge ne peut que conseiller aux parties un arrangement amiable, sans pouvoir les y contraindre. Ces ressemblances sont frappantes, et il est certain que c'est la tentative de conciliation faite par le juge de paix qui a inspiré, au législateur, l'idée de cette conciliation plus savante et dont les résultats ont été en somme bien plus considérables.

Cette convocation des créanciers se fait par lettres chargées que le greffier, sur l'ordre du juge-commissaire, leur adresse tant à leur domicile réel en France, qu'au domicile qu'ils ont dû, aux termes de l'art. 2148 du Code Civil, élire dans l'arrondissement du bureau. Cette double convocation a pour objet de porter plus certainement à la connaissance du créancier hypothécaire la convocation qui lui est faite. Néanmoins il semble bien qu'il y ait là un double emploi, et qu'il ne devrait être adressé de lettre au domicile élu que si le domicile du créancier est hors de France. Ces lettres sont remises directement par le greffier au receveur

des postes qui lui en donne un reçu détaillé, destiné à être annexé au procès-verbal. Il sert en effet à prouver que toutes les parties ont été régulièrement convoquées, en même temps qu'il sert de titre au greffier pour se faire rembourser par l'avoué poursuivant, les sommes qu'il a avancées pour l'affranchissement et les vingt centimes par lettres auxquels il a droit à titre d'émoluments (Circulaire ministérielle du 2 mai 1859). Mais qui doit-on convoquer? Outre les créanciers inscrits, l'art. 751 prescrit de convoquer l'adjudicataire et le saisi. En effet, ce règlement les intéresse pour des motifs différents : Le saisi a intérêt à contester les créances, puisque c'est à lui que reviendrait le reliquat du prix s'il s'en trouvait ; c'est lui d'ailleurs qui pourra seul, le plus souvent, prouver que tel ou tel créancier a été désintéressé ; comme d'ailleurs il est lié à la procédure dans l'ordre judiciaire, il est tout simple qu'il intervienne à l'ordre amiable. Pour l'adjudicataire, s'il a consigné son prix, il est intéressé, si personne n'en conteste le chiffre, à faire approuver sa consignation et à en faire prononcer la validité. S'il n'a point consigné son prix, il fera bien de surveiller le règlement amiable de l'ordre et la distribution du prix, parce que s'il payait irrégulièrement il s'exposerait à payer deux fois. En outre, il aura souvent le droit de réclamer certaines avances qu'il s'est trouvé obligé de faire, telles que le paiement de l'arriéré des contributions immobilières ou les frais extraordinaires de transcription.

Mais il y a une grande différence entre la convocation des créanciers inscrits et celle du saisi et de l'adjudicataire : d'après l'opinion générale l'ordre amiable qui ne peut se conclure sans le consentement unanime des créanciers, peut se conclure sans le concours de l'adjudicataire ni même du saisi. Et d'abord ni l'un ni l'autre ne sont passibles de l'amende qui frappe seulement les créanciers non comparants; et comme l'article 751 établit une pénalité, il ne saurait être étendu hors du cas prévu, par un simple argument d'analogie.

On dit en outre que si l'adjudicataire a intérêt à suivre l'ordre pour savoir entre les mains de qui il doit se libérer, la manière dont le prix sera distribué entre les créanciers ne le concerne pas (1). Pour le saisi il a bien un intérêt évident à surveiller ce règlement amiable. Mais le plus souvent il y est tout à fait indifférent parce qu'il sait qu'aucune somme ne doit lui revenir, et qu'il est d'ordinaire insolvable; l'on craint donc qu'il ne s'oppose à l'ordre amiable par humeur et pour molester ses créanciers. Aussi est-il de jurisprudence que l'opposition faite par le saisi à un ordre amiable n'empêche point le juge-commissaire de passer outre s'il la considère comme faite

(1) M. Houyvet seul soutient que la présence de l'adjudicataire est indispensable (N° 120). Voir dans le sens généralement admis, Montpellier, 23 juillet 1869. S. 70.2.44.— D.74.5.362 et Dijon, 5 juillet 1865, S. 66.2.197 — *Journal du Palais*, 1866, p. 814.

sans motifs (1), qu'au contraire si la contestation paraît sérieuse, il doit renvoyer à l'ordre judiciaire qui donne au saisi la faculté de contester les créances qu'il lui conviendra. Ce pouvoir d'appréciation que la jurisprudence accorde au juge n'est pas sans inconvénients. Mais ce système est préférable à celui qui accorde au saisi la faculté de se pourvoir devant le Tribunal. Où voit-on que cette instance empêcherait l'ordre amiable de se conclure? Et s'il était déjà conclu, il y aurait là une juridiction du Tribunal sur l'un de ses membres, ce qui est contraire aux règles. Bien que ce système ait été préconisé par le rapporteur de la loi de 1858, il ne semble point que l'on doive l'admettre. Enfin le renvoi pur et simple à l'ordre judiciaire serait plus avantageux au double point de vue du temps et des frais.

Pour les créanciers hypothécaires il n'y a lieu de convoquer que ceux indiqués dans l'état d'inscriptions. Si l'un des créanciers hypothécaires n'était point appelé, il serait en droit de demander des dommages-intérêts au greffier, si l'erreur provenait d'une négligence dans l'envoi des lettres, ce dont on s'apercevrait certainement lors de la réunion, ou contre le conservateur si l'erreur provenait d'une lacune dans l'état d'inscriptions. Les conséquences de la faute du conservateur seraient plus graves que celles

1) V. Rousseau. *Dict. de procédure* : Ordre ; § 198 bis.

de la faute du greffier. N'y aurait-il pas lieu en effet d'appliquer ici par analogie la disposition particulière de l'article 2198 du Code Civil ; une inscription étant omise par le conservateur, l'immeuble passe libéré entre les mains du nouveau possesseur, sauf le recours du créancier lésé contre le conservateur.

M. Chauveau (*Traité de Procédure*, question 2549, 7°) s'élève fortement contre ce système. Il dit que pour appliquer une disposition aussi rigoureuse que la déchéance prononcée par l'article 2198, il faut un texte formel, et qu'il ne suffit point d'un simple argument d'analogie. Selon lui, outre, s'il y a lieu, l'action contre le conservateur, qui est une simple application de l'article 1382, le créancier omis doit pouvoir réclamer ce qu'il aurait dû toucher à celui des autres créanciers qui a reçu à sa place. Ce dernier a, en effet, reçu ce qui ne lui était point dû. L'on conçoit bien, ajoute M. Chauveau, la disposition de l'article 2198 pour l'acquéreur qui a payé, on la comprend mal ici. Il y a en effet une grosse différence : le créancier restitue une somme qu'il n'aurait point dû toucher, il n'éprouve aucun préjudice, il s'est enrichi du prix qu'il a reçu à tort, il n'éprouve aucun dommage en le restituant ; l'acquéreur, au contraire, a déjà payé tout son prix aux autres créanciers hypothécaires ou au vendeur ; qu'il ait besoin d'une mesure de protection pour n'être point victime d'une faute à laquelle il est étranger, c'est pos-

sible, mais il en est autrement pour le créancier. C'est là une distinction analogue à celle que le Droit romain a établi pour les actes atteints par l'action Paulienne : l'on a protégé plus efficacement ceux des tiers qui subiraient une perte par l'annulation d'un acte que ceux qui manquaient seulement de s'enrichir. Et cette différence est si rationnelle qu'elle subsiste encore dans notre Droit actuel, d'après une jurisprudence constante qui a suppléé sur ce point au silence du Code Civil, car l'art. 1167 n'a point fait la distinction.

On peut aussi faire une autre objection contre l'application de l'art. 2198, au cas de l'ordre amiable, si l'on tient pour le caractère purement consensuel de celui-ci ; supposons, en effet, dans le cas qui vient d'être exposé, un ordre consensuel par devant notaire. Le créancier omis pourrait certainement le considérer comme un contrat qui lui est étranger et qui ne lui est pas opposable. La théorie de M. Chauveau ne sera irréfutable que si l'on voit dans l'ordre amiable un simple ordre judiciaire, dont les formes ont été simplifiées pour des raisons d'utilité pratique. Et, cependant, M. Chauveau compare constamment l'ordre amiable à un contrat, et réfute la théorie de MM. Grosse et Rameau sur le caractère judiciaire de l'ordre amiable.

Pour parer à la négligence du greffier dans l'envoi des lettres, l'on a proposé que l'avoué poursuivant donne au

greffier la liste des créanciers à convoquer, afin que celui-ci la vérifie d'après l'état d'inscriptions. Mais ce ne serait que déplacer les responsabilités : l'avoué ne pouvant dresser cette liste que d'après cet état, la revision du greffier serait inutile, car il ne pourrait que collationner la liste avec l'état d'inscriptions.

L'art. 751 exige qu'il y ait au moins dix jours entre l'envoi des lettres dont nous venons de parler et la date de la réunion. Ce délai de dix jours *francs* (c'est le droit commun lorsqu'il s'agit de significations) est-il susceptible d'être augmenté en raison des distances ? La jurisprudence et la grande majorité des auteurs donnent à cette question une solution négative, et disent que les dix jours ne sont qu'un simple minimum. (Montpellier, 23 juillet 1869. D. 74. 5. 372. — S. 70. 2. 44.) Cet arrêt décidait encore qu'en ce qui concerne le saisi et l'adjudicataire, il suffit de les convoquer à leur domicile réel. Mais la loi ne fait aucunement cette distinction entre les créanciers et les autres intéressés ; aussi l'unanimité des auteurs et la pratique sont-elles contraires.

CHAPITRE III

ISSUES DE L'ORDRE AMIABLE

Conciliation. — Au jour fixé pour la convocation, les intéressés doivent se rendre devant le juge-commissaire. Celui-ci doit-il être assisté de son greffier ? En pratique, le greffier est toujours présent à l'ordre amiable et avec raison ce semble, car sa présence est indispensable dans toutes les opérations de justice. Néanmoins, quelques auteurs (Audier, art. 751, n° 32 ; Seligman, n° 187 ; Grosse et Rameau, t. I, n° 222) déclarent sa présence inutile. Il ne faut pas prendre à la lettre les expressions de l'art. 751 « le juge dresse le procès-verbal » ; ce serait là une interprétation grossière de la loi : c'est le cas de citer l'axiome vulgaire que le greffier est la main du juge. Il faut d'ailleurs rappeler les termes de l'art. 1040 du Code de procédure : « Tous les actes et procès-verbaux du ministère « du juge seront faits au lieu où siège le Tribunal ; le

« juge y sera toujours assisté du greffier. » On peut s'étonner qu'en présence de termes aussi catégoriques une controverse ait pu naître.

Cette réunion n'est point publique ainsi qu'il convient d'ailleurs lorsque l'on veut tenter un arrangement, parce que l'on soustrait ainsi les parties aux influences extérieures. L'appel terminé et la preuve de l'identité des parties faite, on peut régler l'ordre amiablement si tous les créanciers inscrits sont présents, même en l'absence du saisi et de l'adjudicataire, ainsi qu'il résulte des termes de l'article 751, et parce que l'amende ne peut atteindre que les créanciers. Quant à la présence de tous ceux-ci, elle est indispensable, car le règlement amiable est fondé sur le consentement unanime. Et néanmoins des raisons de pratique ont fait admettre partout que si un créancier est soldé ou qu'il veut bien reconnaître qu'il ne saurait venir en ordre utile, il peut se contenter d'envoyer au juge-commissaire une lettre claire et précise et éviter ainsi tout dérangement et tous frais. La circulaire ministérielle du 2 mai 1859, qui la première a donné cette solution, exige en outre que la signature du créancier soit légalisée par le maire de sa commune.

Tous les créanciers étant réunis, le juge-commissaire doit les engager au règlement amiable ; mais la manière d'y parvenir est laissée à la discrétion du juge ; et en effet la nature des difficultés, la condition sociale des créanciers

indiquent seules au juge la nature des arguments à employer.

Si ses exhortations sont écoutées, le juge dressera un procès-verbal du règlement : il dira l'ordre dans lequel les créanciers seront payés, et immédiatement prononcera la radiation de toutes les inscriptions (1). Mais les unes seront rayées sur le vu d'un extrait de l'ordonnance du juge, car cette ordonnance a force de chose jugée dès sa prononciation (Rouen, 17 juin 1863, *Journal des Avoués*, 63, p. 382 ; S. 63. 2. 219. D. 64. 2, 34), ce seront celles qui ne viennent pas en ordre utile. Les autres ne seront rayées que lors du paiement de la collocation (art. 771, argument d'analogie), mais elles le seront également en vertu de l'ordonnance du juge. C'est pourquoi on ne saurait dire (2) que la déclaration par simple lettre d'un créancier désintéressé ou renonçant à faire valoir ses droits ne suffit point vis-à-vis du conservateur pour la radiation de son inscription ; celle-ci en effet a lieu en vertu du procès-verbal et non en vertu de cette lettre. De même le juge, en procédant au règlement amiable d'un ordre ne saurait prononcer la radiation d'inscriptions en tant que celles-ci portent aussi sur d'autres immeubles que celui dont on distribue le prix : Aix, 8 novembre 1862 (D. 63. 2. 176 — S. 63. 2. 217. — *Jour.*

(1) Chauveau. Q. 2551, 6°

(2) Seligman n° 239.

nal des Avoués, 63, p. 224) et ce, même avec le consentement de toutes les parties : il y aurait là de sa part un excès de pouvoir. Il ne pourrait non plus et pour les mêmes raisons, si aucun ordre amiable n'intervenait, ordonner la radiation de l'inscription d'un créancier qui se serait déclaré désintéressé. Cette dernière solution est cependant contestée surtout pour des motifs d'utilité pratique. Mais il est peu important que cette radiation ait lieu immédiatement en vertu d'un ordre amiable partiel, car dans les deux cas l'immeuble sera libéré de toutes les inscriptions lors du règlement définitif de l'ordre judiciaire.

De toute manière la délivrance des bordereaux après l'ordre amiable fera l'adjudicataire débiteur personnel des créanciers colloqués : Paris, 16 novembre 1892 (D. 94. 2. 246); il s'en suit qu'il ne serait plus recevable à demander la nullité de l'adjudication ou la diminution du prix ; il ne pourrait donc opposer aux créanciers des exceptions nées en la personne du débiteur, par exemple la compensation. Si au contraire le magistrat ne parvient point à persuader aux créanciers de régler entre eux l'ordre amiablement, ou si l'un des créanciers n'a point comparu, le juge-commissaire doit simplement constater que les créanciers n'ont pu se régler amiablement. Les intéressés devront alors, s'il y a moins de quatre créanciers, procéder par voie d'attribution : l'instance sera exactement la même que pour une affaire quelconque ; s'il y a au moins quatre créanciers,

il ya lieu à l'ordre judiciaire. Les termes de l'article 752 « le juge » déclare l'ordre ouvert et commet un ou plusieurs huissiers « à l'effet de sommer les créanciers de produire », ne visent donc que le deuxième cas qui est d'ailleurs celui qui se présente le plus souvent, car s'il y a moins de quatre créanciers, l'ordre amiable réussira presque toujours. Pour le calcul du nombre de créanciers on ne comptera que pour un seul, celui qui se présente en vertu de divers titres, par exemple, en cas de subrogation. (Caen 23 juin 1860. — D. 62. 2. 197). De même si plusieurs créanciers sont convenus de partager au marc le franc toutes les sommes qu'ils obtiendront. (Caen 6 août 1866. — D. 68. 2. 27).

Le juge ne pourra renvoyer à l'ordre judiciaire qu'à défaut de règlement amiable dans le délai d'un mois. Tels sont les termes de l'art. 752. Jusqu'à l'expiration de ce délai, la loi espère toujours que les créanciers reviendront sur leur décision, qu'ils comprendront combien ils ont tous intérêt à ce règlement rapide et peu coûteux, et, les protégeant contre eux-mêmes, elle les force à réfléchir avant de s'engager dans la longue procédure de l'ordre judiciaire.

Mais de la brièveté même des termes de la loi est venue une difficulté à laquelle il convient d'ailleurs de n'attribuer qu'une médiocre importance pratique : quel est le point de départ de ce délai ?

Quatre opinions au moins se sont formées :

D'après le premier système, on compte le mois à partir de la réquisition d'ouverture d'ordre. La circulaire ministérielle du 2 mai 1859 (D. 59.3.25 n° 50) ne paraissait même point prévoir qu'on pût le contester (1).

Ce système semblerait le plus naturel, mais une grave objection y est faite : le délai de dix jours francs qui doit exister entre les convocations adressées aux créanciers inscrits et la réunion n'est qu'un minimum : il pourra donc arriver, surtout si les convocations n'ont point été immédiatement expédiées, que la plus grande partie ou même la totalité de ce délai soit absorbée, et comme une deuxième réunion est presque toujours indispensable, l'ordre amiable serait le plus souvent impraticable. Le mois pourrait même se trouver totalement employé sans qu'il y ait eu une seule réunion si, par exemple, un créancier habite l'Algérie, le juge, se trouvant en présence d'une difficulté pour savoir s'il y a lieu de le convoquer en de-

(1) Il y a un autre système d'après lequel ce délai d'un mois court à partir de la nomination du juge-commissaire. (En ce sens : *Tribunal de Nîmes*, 21 août 1861, *Journal des Avoués*, t. 87, p. 170, *Tribunal de la Roche-sur-Yon*, 26 décembre 1849, *Journal des Avoués*, t. 75, p. 372.) Mais il n'y a aucune raison de faire courir le délai à partir de cette nomination que le président inscrit en marge du procès-verbal plutôt qu'à partir du procès-verbal. Enfin quel sera le point de départ du délai s'il y a un juge spécial et que par suite il n'y ait point de nomination ainsi faite?

hors du domicile élu dans son inscription, à son domicile réel, préférera dans le doute le convoquer, et dans ces conditions il sera bien forcé de lui laisser le temps raisonnable pour pouvoir assister à la réunion. En ce sens, Tribunal de Nîmes, 21 août 1861, *Journal des Avoués*, t. 87, p. 170.

D'après le deuxième système, le délai ne courrait qu'à compter de l'ordonnance de convocation. C'est le système admis en pratique, au moins à Paris. Ce deuxième système a été surtout admis pour éviter les inconvénients du premier. L'on dit que ce jour-là seulement, les opérations commencent (1).

D'après le troisième système, le délai courrait à partir de la mise en demeure faite aux créanciers, c'est-à-dire de la date du bulletin de chargement délivré par le receveur des postes au greffier. Il y a contre ce système une très forte objection : ce bulletin, d'après la circulaire des ministres des finances et de la justice, n'est qu'un simple document administratif délivré par une administration publique à un fonctionnaire. Un acte de cette nature n'a en lui-même aucune valeur au point de vue juridique ; il n'a pas non plus date certaine puisqu'il est, par sa nature, dispensé de l'enregistrement. Il me paraît donc difficile d'en faire le point de départ d'un délai de procédure (2).

(1) Grosse et Rameau, t. I, n° 290. Chauveau, 2550 bis. Duvergier, p. 152 et 153, note 8.

(2) Audier sur l'art. 752, n° 5.

D'après le quatrième système, c'est la première réunion des créanciers qui serait le point de départ du mois consacré au règlement amiable. Cette opinion semble être la meilleure, et dans le doute où nous laisse le peu de précision de l'article 752, il semble bien que l'on doive l'admettre par faveur pour l'ordre amiable (1).

Tant que ce délai d'un mois n'est point expiré, les parties ne peuvent y renoncer, car si l'on ne peut dire que la tentative de règlement amiable est absolument d'ordre public, elle touche au moins à des intérêts généraux, comme la tentative de conciliation devant le juge de paix dont les parties ne peuvent volontairement se dispenser : on doit protéger les parties contre elles-mêmes.

Néanmoins, deux arrêts de la Cour de Nîmes, le premier du 9 mai 1860 (D. 61. 2. 16. S. 61. 2. 215. — *Journal des Avoués*, 1860, p. 508) ; — le deuxième, du 10 janvier 1873 (S. 73. 2. 228), ont décidé que dans le cas d'impossibilité absolue d'arriver à un ordre amiable, le juge-commissaire peut, à condition que tous les créanciers y consentent, renvoyer immédiatement à l'ordre judiciaire ; et que leur adhésion résulte de leur présence à l'ordre judiciaire sans protestations. Cette opinion n'est point, en général, admise.

Si les parties ne peuvent, même de leur consentement

(1) Vanier, n° 6. — Bressolles, n° 25. — Costard, *Journal des Avoués* 1859, p. 542, et *Revue pratique de Droit français*, t. VIII, p. 92.

unanime, abréger ce délai, peuvent-elles, étant d'accord, le prolonger? On est surpris que des auteurs (1) soutiennent qu'au bout du mois, le juge se trouve obligatoirement dessaisi. Où est ici l'ordre public? N'est-il point intéressé, au contraire, à l'heureux résultat des essais de conciliation, et n'est-ce point là une interprétation servile des termes de l'article 752 « à défaut de règlement amiable dans le délai d'un mois? » S'il y a accord, quel mal en effet à prolonger ce délai? Pourquoi renvoyer à l'ordre judiciaire contre la volonté de tous? Comment les empêchera-t-on d'abandonner l'ordre judiciaire et de régler leurs intérêts par un ordre consensuel passé par devant notaire? Et le vœu de la loi qui préfère les ordres amiables aux ordres consensuels sera-t-il ainsi satisfait?

Cette opinion n'a pas été suivie, et il arrivera très souvent que le juge, du consentement des parties, ordonnera à l'amiable une expertise ou une ventilation. Quelle probabilité y a-t-il alors que l'ordre amiable puisse être terminé dans le mois? Enfin, comme dernier argument, un tiers seulement des règlements amiables ont été achevés dans le mois. Pourquoi en entraver les deux tiers? D'ailleurs ce délai ne saurait être prolongé contre le gré des créanciers ni même d'un seul (2) au delà d'un mois.

(1) Ollivier et Mourlon, n° 325.

(2) Vanier, n° 77. — Bordeaux, 20 juin 1895. — (D. 94. 2. 318).

Ordre amiable partiel. — Une question que l'on discute encore en théorie bien qu'elle soit, à cause de sa très grande utilité, devenue de pratique constante, c'est de savoir si le juge-commissaire peut faire un ordre amiable partiel. Pour lui refuser ce droit, on argumente surtout des termes de l'article 752, d'après lesquels, à défaut de règlement amiable dans le délai d'un mois, le juge doit renvoyer à l'ordre judiciaire. Mais on a généralement repoussé cette interprétation trop étroite du texte : outre un argument d'analogie que l'on tire de l'article 758 qui autorise un ordre judiciaire partiel en cas de contestation d'une partie seulement du règlement provisoire, on peut dire que l'article 752 a statué sur ce qui se présente le plus souvent, l'ordre amiable partiel étant en somme exceptionnel. Mais, bien entendu, il ne peut, comme l'ordre amiable lui-même, être conclu que du consentement de tous les créanciers. (Caen, 25 mai 1863. — D. 64. 2. 35 — S. 63. 2. 241. — *Journ. des Avoués*, 64, p. 237.)

L'article 758 indique, à propos de l'ordre judiciaire, les deux principaux cas où il y a lieu à un règlement partiel. Ce seront les mêmes pour l'ordre amiable :

1° Les créances postérieures seules étant contestées, on peut immédiatement arrêter l'ordre et ordonner la délivrance des bordereaux pour les créances antérieures ;

2° L'une des premières créances étant contestée, arrêter l'ordre pour les créances postérieures, tout en réservant

une somme suffisante pour rembourser la créance contestée si elle se trouve reconnue.

De ces deux formes de règlement amiable, la première surtout est d'une utilité incontestable : sans ce moyen, les premiers créanciers qui pourtant se désintéressent tout à fait de la lutte entre les autres créanciers, en devraient cependant attendre l'issue avant de pouvoir obtenir la délivrance de leurs bordereaux.

Les termes de l'article 758 montrent combien ces deux formes de règlement partiel sont inégalement avantageuses : pour la première, en effet, les termes de la loi sont impératifs ; dans la deuxième, au contraire, il ne paraît y avoir pour le juge qu'une simple faculté.

Pour la deuxième forme, le juge-commissaire a ordonné qu'une certaine somme serait réservée pour désintéresser le premier créancier inscrit, et dont les droits sont contestés. Si son droit est reconnu, il obtiendra le montant de sa créance ; si, au contraire, il est rejeté du règlement provisoire, puis de la contestation qu'il peut élever contre ce règlement, ce seront les créanciers qui ne venaient point en ordre utile qui en bénéficieront. La même solution serait admissible pour une créance conditionnelle (1).

(1) Cette solution est sans inconvénient en matière d'ordre, parce que le règlement décide que si la condition ne se réalise pas, tel autre créancier viendra en ordre utile : il y a là deux collocations condi-

L'intérêt que trouvent à un règlement amiable partiel les créanciers qui y sont colloqués est évident ; pour le saisi, il y a une diminution de frais qui lui profite ainsi qu'au créancier sur qui les fonds manquent ; donc, il y a bénéfice pour tous, sauf pour le créancier contesté auquel il ne cause aucun préjudice.

L'ordre amiable partiel est donc avantageux pour tous : aussi, y a-t-il de nombreuses décisions judiciaires admettant la validité de l'ordre amiable. (V. surtout Bordeaux, 20 juin 1893. — D. 94. 2. 318.) Cet arrêt dit en passant et comme une chose admise de tous : « attendu que la loi autorise les ordres partiels ». Elle ne les autorise point en propres termes, il est vrai, tout au moins pour les ordres amiables, mais on comprend que l'utilité de cette manière de procéder l'ait fait admettre partout, et l'on surprendrait fort la plupart des praticiens en leur apprenant que des doutes s'élèvent à ce sujet.

Sous-ordre. — Supposons maintenant que l'un des

tionnelles dont l'une exclut l'autre, mais l'une d'elles produira nécessairement son effet. Il en est autrement en matière de contribution : une collocation conditionnelle est peu pratique si l'on n'est point à peu près certain que la condition s'accomplira, car autrement, il faudrait partager au marc le franc entre tous les autres créanciers le montant de la collocation, et délivrer à cet effet de nouveaux bordereaux dont le prix absorberait la majeure partie du dividende. Le règlement partiel ou conditionnel est donc beaucoup plus pratique en matière d'ordre qu'en matière de contribution.

créanciers hypothécaires qui doivent participer à l'ordre amiable, ait lui-même une dette. Son patrimoine tout entier est le gage de son créancier. Quels moyens pourra employer celui-ci pour se faire payer sur la collocation de son débiteur ? Le premier procédé auquel il pensera c'est la saisie-arrêt pratiquée entre les mains de l'adjudicataire ou de la Caisse des Consignations, selon que le prix est déposé ou non. Cette voie a l'inconvénient d'être assez lente et ce sera longtemps après la clôture du procès-verbal que l'on touchera, surtout si le créancier colloqué, sur qui cette opposition a été faite, sait que rien ne doit lui revenir de cette collocation. Il est fort possible alors qu'il s'oppose à l'ordre amiable, puis conteste le règlement provisoire. Si, ensuite, il lui plaît d'aller en appel, sur sa contestation, on peut être certain que trois années au moins se passeront avant que le créancier saisissant puisse toucher le montant de ce qui lui est dû, la collocation étant d'ailleurs diminuée du total des frais (766. *in fine*).

Mais y a-t-il un autre moyen pour le créancier d'arriver au paiement, et qui soit particulier à l'ordre ? D'abord il aura pu se faire consentir une subrogation pour garantir sa créance (*pignus pignoris dari potest*). Dans ce cas, il faudra bien convoquer le subrogé, et l'ordre amiable ne pourra être consenti sans concours, et le subrogeant se trouve en fait étranger à l'ordre. . . .

En dehors de ces hypothèses, tout créancier, même

chirographaire, pourra, en vertu des art. 1166 et 1180 du Code Civil, prendre inscription au nom de son débiteur dont il exerce les droits sur un débiteur de celui-ci. Il peut, de même, intervenir à l'ordre amiable en établissant son intérêt. Toujours en vertu de l'art. 1166, il pourrait produire à un ordre judiciaire ou contredire le règlement provisoire au nom de son débiteur. Il pourra donc intervenir à l'ordre amiable soit avec le véritable créancier, soit seul au nom de celui-ci. Si la créance de son débiteur n'est point contestée, il sera colloqué sur la collocation de son débiteur, et il en deviendra propriétaire jusqu'à due concurrence. Pas de difficultés non plus s'ils sont plusieurs créanciers : dans ce cas il y aura concours entre eux au marc le franc, à moins que certaines de ces créances, n'étant contestées dans leur existence même ou dans leur chiffre, on ne soit obligé d'ouvrir une contribution sur la collocation pour permettre aux intéressés de faire valoir leurs droits.

Dans tous les cas que nous venons d'examiner, il n'y a pas, à proprement parler, de sous-ordre. Pour qu'il y ait véritablement sous-ordre, il faut que plusieurs créanciers se présentant pour être colloqués sur la collocation de leur débiteur commun ne soient point admis au marc le franc, mais dans l'ordre chronologique, et en se primant les uns les autres. En dehors de ce cas, il n'y a que des applications de la saisie-arrêt ou de l'art. 1166 ou, s'il y a plu-

sieurs créanciers, une contribution se greffant sur un ordre.

La loi a prohibé (C. Procédure, art. 775) les sous-ordres en raison des grandes complications qu'ils font naître. Mais la pratique a trouvé le moyen de tourner cette disposition législative, par les subrogations. S'il y a des subrogations partielles et successives à la même créance hypothécaire, on colloquera les divers subrogés partiellement et successivement ; ce sera le véritable sous-ordre. Mais à part les subrogations à l'hypothèque légale de la femme, qui sont fréquentes, il est rare de voir plusieurs subrogations à la même créance hypothécaire.

En résumé, pour l'ordre amiable comme pour l'ordre judiciaire, ce cas sera rare, et son importance pratique est minime, surtout comparé au cas de l'ordre amiable partiel qui, on peut le dire, est quotidien.

CHAPITRE IV

SANCTIONS

En ordonnant qu'avant de procéder à la distribution du prix par voie d'ordre judiciaire les intéressés devraient tenter de régler à l'amiable les difficultés, la loi de 1858 a senti la nécessité de contraindre tout au moins les créanciers à comparaître devant le juge, espérant que des difficultés qui, de loin, semblaient insurmontables à des créanciers peu au courant de leurs droits, s'aplaniraient dès que les différentes parties se trouveraient en présence devant le juge. Et c'est ce qui arrive assez fréquemment.

Amende. — Dans ce but la loi a donné au juge-commissaire le pouvoir de prononcer une amende contre les créanciers non comparants. Cette amende est de vingt-cinq francs. Trouvant ce chiffre trop faible, M. Duclos, député au Corps Législatif, avait proposé de condamner le créancier non comparant à tous les frais de l'ordre judiciaire, par analogie avec la condamnation prononcée

contre un créancier qui, ayant contesté le règlement provisoire, ne réussit point à faire prévaloir sa prétention. Mais le Conseil d'État, pour des raisons qui seront exposées plus loin, a repoussé cette proposition. Ce chiffre de vingt-cinq francs est en général critiqué comme trop modique, et la Commission de 1865 avait proposé de l'élever à cent francs. Il me semble que ce dernier chiffre est exagéré. En effet, il y a, surtout dans les ordres qui se règlent en province, un très grand nombre de créances hypothécaires inférieures à cinq cents francs. Qui ne voit que dans ce cas une amende de cent francs serait inapplicable ? D'ailleurs les juges-commissaires ne prononcent que très rarement l'amende, et seulement quand un créancier n'a jamais comparu, bien que cité officieusement plusieurs fois. Croit-on que le moment serait bien choisi pour en quadrupler le chiffre, et n'hésiteraient-ils point plus encore à en faire usage ? D'ailleurs, dans nombre de ressorts, cette condamnation à l'amende n'est jamais prononcée. Ce qui serait peut-être assez admissible, ce serait une amende variable, de vingt-cinq à cent francs, par exemple, dont le juge-commissaire aurait à fixer le chiffre selon les circonstances, selon la qualité des personnes, et aussi selon le chiffre de la créance, car une amende uniforme ne frappe point équitablement dans tous les cas.

D'après la rédaction de l'article 751 le juge ne prononce l'amende qu'après avoir ordonné la délivrance des bordè-

reaux. Cette formule n'est pas exacte : il ne prononcera pas, en général, l'amende, quand il ordonnera la délivrance des bordereaux. L'amende, en effet, au moins d'après l'opinion généralement admise, ne peut frapper ni le saisi ni l'adjudicataire, mais seulement les créanciers inscrits, et les non comparants seulement. Or, si un créancier est non comparant, il n'y a pas lieu à l'ordre amiable, qui exige leur consentement unanime ; il n'y a donc point de délivrance de bordereaux, mais un simple renvoi à l'ordre judiciaire. Il faut faire une exception pour le cas où un créancier venant en ordre utile et devant toucher intégralement le montant de son inscription, ne comparait point. Le plus souvent le juge comptera sur ce qu'il est sans intérêt à contester le règlement à intervenir pour faire, malgré son absence, un ordre amiable. Quelque irrégulier que soit ce procédé, il est très généralement reçu à cause de sa commodité. Et cependant, même dans ce cas, on pourrait frapper de l'amende le créancier non comparant, car il a contrevenu à la loi. (Cassation, 16 novembre 1859. — D. 61. I. 1. — S. 59. I. 889, 2^e espèce.)

Supposons maintenant qu'un créancier qui s'est présenté lors de la première réunion ne se présente point à une nouvelle que le juge a ordonnée, ou qu'au contraire ne s'étant point présenté d'abord, il compare ensuite. Le juge peut-il le condamner à l'amende ? On dit en faveur du créancier qui a comparu lors de la première réunion,

mais a été absent lors des réunions postérieures, qu'en se présentant sur la convocation que le greffier lui a adressée sur l'ordre du juge, il a respecté la loi, que celle-ci ne frappe que « les créanciers non comparants », et qu'il a bien ainsi manifesté sa volonté de ne participer à aucun ordre amiable. On ajoute que les autres réunions ne se faisant point par lettres chargées, le caractère de sommation que la loi donne à ces lettres manquant, aucune peine ne saurait être prononcée. Mais il faudra, bien entendu, que la nouvelle réunion indiquée par le juge-commissaire se place dans le mois réservé par la loi à l'arrangement amiable. Passé ce temps, l'amende ne saurait être prononcée, car le consentement de tous les créanciers est nécessaire, ainsi que nous l'avons vu, pour que les opérations tendant à un règlement amiable continuent. En faveur du créancier qui, n'ayant point paru d'abord est ensuite venu, on peut soutenir que, pour que l'amende soit légalement encourue, il faut que la non comparution ait persisté jusqu'à la clôture des opérations relatives à l'ordre amiable, et pendant tout le mois que la loi réserve à l'arrangement amiable.

Il s'agit ici sinon d'une véritable peine, tout au moins d'un moyen de contrainte qui s'en rapproche ; c'est pourquoi il serait peut-être préférable d'accepter la solution la plus indulgente, et par suite, de décider que le créancier qui aura comparu à l'une des réunions régulièrement

ordonnées par le juge pendant le mois consacré à l'ordre amiable, échappera à l'amende (1).

C'est là une application d'un principe de droit criminel : et cependant cette amende n'a pas, à proprement parler, de caractère pénal, car les règles relatives à la récidive, à la complicité, à la prescription et aux circonstances atténuantes ne s'appliquent en cette matière, non plus que le recouvrement de l'amende par la contrainte par corps. Mais on ne saurait admettre qu'il n'y ait point là une peine, puisqu'elle est prononcée non à la demande d'un particulier, mais d'office par le juge et que c'est une mesure d'ordre public prise pour assurer le respect dû aux lois et leur bon fonctionnement. D'autre part cette amende a plusieurs caractères communs avec toute pénalité : elle ne peut être prononcée que dans les cas strictement indiqués par la loi, et elle ne peut l'être contre les héritiers du délinquant ; mais une fois prononcée contre celui-ci, elle peut ensuite être mise à exécution contre ses héritiers. Cette condamnation n'est qu'un moyen de contrainte civile dont il y a d'autres exemples dans nos lois, et notamment dans notre Code de procédure : par exemple les articles 56-263-264 et 276. J'insiste en particulier sur la

(1) L'amende fixée par l'article 751 est prononcée contre un mineur parce que personne ne s'est présenté en son nom à la réunion. Il sera, je crois, contraint de l'acquitter, sauf son recours, s'il y a lieu, contre son tuteur.

ressemblance de cette amende avec celle prononcée par les articles 263 et 276 relatifs aux enquêtes. En effet voici les cas prévus par ces deux articles : le premier punit d'une amende le témoin non comparant, le deuxième frappe la partie qui interrompt ou interpelle un témoin. Et ces mêmes articles décident que ces ordonnances seront exécutoires nonobstant opposition ou appel. Donc ces deux voies de recours sont admises. Et l'article 265 nous apprend que si le témoin réassigné comparait, il appartient au juge-commissaire de le décharger de l'amende.

Tous ces articles présentent une grande analogie avec l'article 751 : ici comme dans l'article 263 l'amende atteint le non comparant. Or l'on discute pour l'article 751 la question de savoir quelles sont les voies de recours contre l'ordonnance du juge qui prononce l'amende.

Certains auteurs soutiennent que, dans le silence de la loi, cette ordonnance n'est susceptible d'aucune voie de recours autre que le pourvoi en Cassation, que tout le monde admet pour excès de pouvoir, par exemple si le juge avait condamné à une amende plus forte ou aux frais de l'ordre. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de Valognes du 4 octobre 1858 (Dalloz 1859. 3. 46, Chauveau Q. 2551 10^e note) a jugé que l'amende prononcée sur une convocation irrégulièrement faite comme adressée en un lieu où le créancier n'avait plus son domicile, n'est susceptible d'aucune voie de recours ; de sorte que quand le

créancier pourra faire connaître au juge l'erreur dont il est victime, la condamnation subsistera parce qu'elle est irrévocable. Ce résultat est peu satisfaisant, parce que cette amende est toujours prononcée par défaut, et MM. Ollivier et Mourlon, n° 319, qui, en principe refusent tout recours contre l'ordonnance du juge, accordent cependant en ce cas au créancier victime de l'erreur le droit, jusqu'à l'exécution de l'ordonnance, d'y faire opposition. Cette double solution est quelque peu contradictoire. M. Preschez admet le droit du créancier de faire opposition à cette ordonnance, mais il lui refuse d'une façon générale l'appel, parce qu'il ne s'agit point d'une peine, et que l'appel, en matière civile, n'est point ouvert pour des sommes aussi modiques. Mais ce raisonnement ne saurait prévaloir. En effet d'après l'article 263 dont nous avons parlé plus haut, le juge-commissaire à une enquête peut prononcer contre le témoin non comparant une amende qui ne peut excéder cent francs ; or le même article déclare que l'ordonnance du juge qui prononce cette amende est exécutoire nonobstant opposition *ou appel*. La vérité c'est que si en effet il n'y a point là à proprement parler une condamnation pénale, on ne saurait appliquer à ce cas les règles de l'appel civil pour le taux. Puisque suivant l'article 263 il y aura lieu à l'appel quoique l'amende ne puisse excéder cent francs, c'est que nous sommes bien ici en dehors des matières proprement civiles.

On discute aussi, l'opposition étant admise, pour savoir qui doit en connaître. Cette question est plus simple, car outre un excellent argument d'analogie que l'on peut tirer de l'art 265 du Code de procédure, il est de droit commun que l'opposition revient devant le juge qui a connu de la difficulté la première fois. (V. en ce sens : Tribunal de Coulommiers. Dalloz-Rép. Supplém. *Ordre* n° 20, note.)

La grande majorité des auteurs et de la jurisprudence accordent au créancier l'une et l'autre voie de recours, et cette opinion a été développée dans une circulaire du procureur général de Caen, approuvée par le Garde des Sceaux. Ici l'on ne distingue point si l'ordre est clos ou non. Au contraire, M. Seligman, n° 243, soutient que le juge-commissaire ne peut statuer sur l'opposition à son ordonnance que jusqu'à la clôture du procès-verbal d'ordre, qu'ensuite il est dessaisi, et que c'est le Tribunal qui se trouve compétent, à condition que l'opposition soit encore possible, et que l'ordonnance soit susceptible d'appel dans les termes du droit commun. Mais le juge-commissaire n'est point dessaisi justement parce qu'il lui reste à statuer sur un sujet qui fait partie de ses attributions. D'ailleurs il n'y a point en général de juridiction du Tribunal sur un juge-commissaire et la voie de recours pourra être ouverte même après la clôture du procès-verbal, jusqu'à l'exécution par voie de contrainte.

Cette opposition doit se faire par un contredit au pro-

cès-verbal. Le juge peut-il *rabattre* l'amende, c'est-à-dire annuler sa première ordonnance sans aucune formalité, lorsque le créancier n'étant point venu d'abord, comparait enfin ? La circulaire ci-dessus rappelée du procureur général de Caen, lui reconnaît le droit d'inscrire à cet effet simplement sa nouvelle ordonnance en marge du procès-verbal. Et comme cette circulaire a été approuvée par le ministre de la justice, il n'est point douteux que les juges-commissaires ne s'y croient autorisés. Cette méthode, extrêmement simple, est d'ailleurs sans grands inconvénients.

Cette amende une fois régulièrement prononcée, comme elle est toujours prononcée par défaut, le créancier condamné n'en a jamais légalement connaissance, elle doit donc lui être signifiée. Le greffier délivre un extrait du procès-verbal au ministère public qui a seul qualité à cet effet. La signification opérée ainsi que l'exige une circulaire du Directeur général de l'enregistrement, un extrait en est adressé au greffier qui le joint au procès-verbal. Dès que la décision a acquis force de chose jugée, une expédition du tout est envoyée au receveur de l'enregistrement qui recouvrera cette amende par voie de contrainte. La prescription s'en opérera par trente ans, conformément à l'article 2262 du Code Civil, car aucune autre prescription n'est possible, ni celle de deux ans qui n'empêche que les condamnations de simple police (Instruction criminelle,

article 639), ni celle de cinq ans qui n'est applicable qu'aux condamnations correctionnelles (Instruction criminelle, article 636).

On avait proposé, lors de la discussion de la loi de 1858, de condamner aux frais de l'ordre judiciaire, le créancier qui, par son refus, l'avait rendu nécessaire. Cette proposition, d'ailleurs bien rigoureuse, fut repoussée principalement parce qu'elle faisait au créancier qui, en refusant son concours à l'ordre amiable, n'avait fait qu'user de son droit, une situation bien plus rigoureuse qu'à celui qui, élevant une contestation lors du règlement provisoire de l'ordre judiciaire et, ne réussissant point à faire prévaloir sa prétention, est condamné aux frais de la contestation seulement. D'ailleurs, la liquidation des frais en matière d'ordre judiciaire est très éloignée, souvent de plusieurs années, de la non comparution à l'ordre amiable, et il est fort contraire à une bonne justice que la sanction soit aussi éloignée de la faute. Enfin ce serait, à ce qu'il semble, confondre deux choses très différentes : la peine que la Société inflige à une personne pour n'avoir point répondu à l'ordre de l'autorité légitime, et la réparation qu'elle doit à ses adversaires pour le tort qu'elle leur a causé. En condamnant le créancier défaillant aux frais de l'ordre, on aurait dédommagé les autres parties du préjudice à elles causé, mais ce ne serait point du tout comme l'amende de l'article 751 une peine prononcée au nom de

l'intérêt général qui exige le respect dû aux ordonnances du juge.

Application de l'article 1382.

On discute fort sur l'application de l'art. 1382 à l'ordre amiable. Ce n'est pas à dire que les parties ne puissent, en certains cas, obtenir réparation du préjudice qui leur serait causé par l'une des personnes qui sont parties dans un ordre amiable. Mais sur cette question qui présente un si grand intérêt pratique, de nombreuses opinions ont été émises et l'accord n'a pu malheureusement se produire. Si en effet une jurisprudence très ferme s'était établie, décidant que le créancier qui, par sa résistance injustifiée, a rendu l'ordre judiciaire indispensable, peut être condamné à des dommages-intérêts, bien des résistances de créanciers irrités en'avaient qu'une collocation partielle disparaîtraient. Mais ces dommages-intérêts devraient être demandés par voie d'assignation devant le Tribunal, et si rien ne s'oppose à ce que les juges évaluent le dommage causé au chiffre même des frais de l'ordre judiciaire, on ne saurait admettre qu'ils y soient obligés, c'est pour eux une question d'appréciation, et c'est là une simple application du grand principe d'équité que pose l'art. 1382; mais pour qu'il y ait lieu à cette condamnation à des dommages-intérêts, il ne suffit point du refus de consentir à l'ordre amiable, il faut que

ce refus soit fait sans droit. Aussi a-t-on dit, lors de la discussion de la loi de 1858, que l'on pourrait condamner, en vertu de l'art. 1382, le défaillant à des dommages-intérêts, mais seulement dans les cas de fraude ou de dol, dont la preuve est bien difficile à fournir. Néanmoins, la preuve en sera facile dans un cas qui se présente quelquefois en pratique, celui où un créancier qui ne vient aucunement en ordre utile, met pour condition à son concours qu'une certaine somme lui sera versée. Il est bien évident qu'alors, le refus est fait de très mauvaise foi, et c'est avec raison que la plupart des tribunaux ont condamné aux frais de l'ordre judiciaire, des créanciers peu scrupuleux élevant de pareilles prétentions (1). Un jugement du tribunal d'Orange du 29 mai 1891 (D. 92. 2. 248) a même décidé que le refus sans aucun motif, mais point entaché de malices, constitue une faute lourde qui est assimilable au dol.

Mais cette opinion n'est pas unanimement acceptée et quelques tribunaux ont décidé, à propos du refus d'un

(1) Tribunal de Chaumont, 17 déc. 1859. S. 68. 2. 353. — Grenoble, 10 avril 1869. S. 69. 2. 252. *Journal des Avoués*, T. 95 page 21. — Tribunal de Valence, 20 février 1864, T. 91 page 116. — Tribunal de Louhans. S. 71. 2. 280 (D. 73. 3. 36.) — Tribunal d'Orange, 29 mai 1891 (D. 92. 2. 248.) — Req. 12 nov. 1872. — Civ. Rejet 5 juil. 71. (D. 71. 1. 304.) — Abbeville, 14 juin 1883 (D. 84. 3. 16.) Ce dernier jugement ne repousse la demande en dommages-intérêts que parce que le dol n'est point prouvé.

créancier de consentir à l'ordre amiable, que même dans le cas où le juge-commissaire aurait mentionné dans son procès-verbal la cause du refus, le créancier ne saurait être condamné à des dommages-intérêts, parce que le juge ne devait point énoncer dans son procès-verbal les motifs de la détermination du créancier, mais seulement, aux termes de l'art. 752, que les intéressés n'ont pu se concilier. Certains tribunaux ont décidé que de toute façon, même la preuve du refus étant régulièrement faite, il ne saurait être question de condamner à des dommages-intérêts le créancier réfractaire à la tentative de règlement amiable. On dit en ce sens qu'il n'est aucunement forcé de donner son consentement, que la loi l'oblige à comparaître parce qu'elle espère, tous les créanciers étant en présence, faciliter l'ordre amiable, et qu'il serait contradictoire de forcer à un arrangement amiable (1).

« Si la loi, dit le Tribunal de Pont-l'Evêque, s'efforce de
« mettre en présence tous les créanciers pour faciliter un
« arrangement, elle évite avec soin d'imposer un caractère obligatoire à la conciliation, et respecte les motifs
« du silence et de la conduite de chaque créancier ; qu'une
« disposition qui contraindrait à souscrire à l'arrangement
« amiable effacerait du Code l'ordre judiciaire, et exposerait les créanciers à en subir les déchéances sans en

(1) Trib. de Pont-l'Evêque, 1^{er} décembre 1871 (D. 73. 3. 61 ; S. 68. 2. 353).

« avoir les garanties... Que l'ordre judiciaire seul est obli-
« gatoire et tout créancier y a le droit d'examiner à fond
« tous les titres, de contredire et même de profiter des
« déchéances provenant de l'oubli ou de la négligence. »

D'après ce jugement il n'y aurait jamais lieu à dommages-intérêts; une autre opinion, diamétralement opposée, voudrait y condamner toujours ou presque toujours le défaillant. On compare le créancier qui refuse d'assister à l'ordre amiable ou de s'y prêter à un arrangement, au plaideur qui, cité en justice, ne comparait pas, qu'il y a dans l'un et l'autre cas un quasi-contrat. La partie qui succombe est condamnée aux frais qu'elle a rendus nécessaires; de même le créancier qui, par son refus de consentir à un ordre amiable sur des bases raisonnables, force ses adversaires à recourir à l'ordre judiciaire et à liquider leur situation à grands frais, en doit être rendu responsable.

A cela l'on peut faire remarquer que si les termes de l'article 1382 sont généraux, cet article est placé au Code Civil dans un chapitre intitulé « Des délits et des quasi-délits »; mais il n'y a point là de délit en l'absence d'un texte, ni de quasi-délict parce que l'acte n'est pas illicite. Comme l'article 1382 ne vise point les quasi-contrats, il ne pourra point, en général, trouver son application. Mais l'on peut voir tout au moins un quasi-délict lorsqu'il y aura dol, et alors l'article 1382 sera applicable.

Au dol on pourrait peut-être assimiler la faute lourde quel'on en rapproche généralement ; mais dans l'application, une extrême réserve serait indispensable, car les questions d'hypothèque sont parfois assez difficiles et assez obscures dans notre législation pour que, même animés du désir de se concilier, des créanciers soucieux de leurs droits croient devoir recourir à l'ordre judiciaire.

L'on doit donc, à ce qu'il semble, repousser le système qui, dans tous les cas, croit devoir condamner à des dommages-intérêts le créancier opposant, comme celui qui, même dans le cas de fraude, n'autoriserait aucune condamnation.

CHAPITRE V

LES INCAPABLES

Le mineur. — Nous avons vu jusqu'ici que la volonté d'un seul créancier suffisait pour empêcher l'ordre amiable, mais que ce pouvoir n'était pas toujours sans danger, car l'article 751 du Code de procédure ou le droit commun permettent de le punir de son absence ou de sa mauvaise foi. Mais peut-il arriver que, malgré la présence de toutes les parties et leur accord, l'ordre amiable, que la loi s'efforce pourtant de faciliter, soit impossible en raison de l'incapacité juridique des parties ? Si en effet pour autoriser par exemple le tuteur à consentir à un ordre amiable au nom de son pupille, il doit remplir les formalités exigées par la loi pour acquiescer à des droits immobiliers (*Code Civil*, article 464) ou pour rendre valable une transaction (*C. Civil* 467), le règlement amiable est pratiquement impossible. Il y aura pour toutes les parties intérêt à obtenir le renvoi à l'ordre judiciaire, car la réunion du Conseil de

famille, dans les deux cas, et en outre, dans le second, l'approbation par trois jurisconsultes du projet de transaction et l'homologation de la transaction par le Tribunal, seront peut-être plus longues et sûrement plus onéreuses que l'ordre judiciaire.

Lors de la loi de 1858, la question avait été prévue et tranchée en sens différents par les différents corps entre lesquels était alors divisé le pouvoir législatif, mais aucune disposition autorisant ou interdisant l'ordre amiable dans ces conditions, n'a passé dans le texte définitivement voté.

Voyons donc successivement les diverses hypothèses qui peuvent se produire :

1° La créance du mineur n'est contestée par personne, et vient en ordre utile. Le mineur est colloqué pour le montant intégral de sa créance, y compris les intérêts conservés par la loi, c'est-à-dire (article 2151 modifié par la loi du 17 juin 1893) trois années entières. Dans ces conditions, le tuteur peut valablement consentir l'ordre amiable et toucher seul le montant de la collocation. On fait cependant une objection contre cette solution : il s'agit ici, dit-on, d'un droit immobilier, l'existence de l'hypothèque étant seule en cause dans l'ordre, n'est point considérée comme accessoire de la créance qu'elle garantit ; or, pour l'acquiescement à un droit immobilier appartenant au pupille, le tuteur doit se faire autoriser par le Conseil de famille.

En admettant même, ce qui est très discutable puisqu'il n'y a pas ici d'instance, que ce soit là un acquiescement, je ne vois qu'un droit mobilier, car cette hypothèque n'est qu'un accessoire de la créance, puisque celle-ci ne peut être éteinte sans que l'hypothèque s'éteigne par voie de conséquence, et qu'au contraire l'hypothèque éteinte, la créance peut subsister. C'est même ce qui se présente en matière d'ordre, puisque le créancier qui n'a reçu qu'une collocation incomplète ou n'est point venu en ordre utile, reste créancier. Enfin, si l'hypothèque était un droit immobilier, il faudrait admettre que pour ouvrir un ordre ou pour soulever une contestation lors du règlement provisoire de l'ordre judiciaire, le tuteur a besoin, par application de l'article 464 du Code Civil, d'une autorisation du Conseil de famille. La vérité c'est que recevoir volontairement le montant de cette créance, dès l'ordre amiable, au lieu de le recevoir obligatoirement lors de la clôture de l'ordre judiciaire ne constitue de la part du tuteur qu'un acte d'administration. Je crois même qu'il pourrait, dans ces conditions, consentir un ordre consensuel par devant notaire : il n'y a donc pas de raisons de lui refuser cette faculté dans l'ordre amiable que la loi préfère à l'ordre judiciaire et qui présente pour le mineur plus de garanties que l'ordre consensuel.

2° Supposons maintenant que c'est sur la créance du mineur que les fonds manquent. Donnerons-nous au tu-

teur le pouvoir de consentir à un ordre où le pupille n'est colloqué que partiellement ? S'il n'a point ce pouvoir, l'ordre judiciaire est nécessaire et les frais qui sont assez considérables en seront définitivement acquittés aux dépens de l'incapable. On voit que la protection de la loi est ici fort onéreuse pour lui, et il pourra arriver que la fraction de sa créance que le mineur pouvait espérer sauver, soit complètement absorbée par les frais. Aussi, l'on discute ardemment quels sont en ce cas les pouvoirs du tuteur.

Remarquons d'abord qu'il serait bien difficile de lui accorder, dans ce cas, le droit de régler l'ordre par devant notaire. Il y a certainement là une transaction si l'une des créances antérieures est contestable, si elles ne le sont point, il y a là un acquiescement. Mais pour autoriser le tuteur à consentir l'ordre amiable, on argumente de la discussion qui a précédé le vote de la loi. En 1858, la Commission du Corps Législatif avait proposé de reconnaître formellement aux représentants des incapables, la faculté d'accepter un règlement amiable. Le Conseil d'état n'admit point cet amendement qui ne put, par suite, être soumis à la délibération du Corps Législatif. Mais le Garde des Sceaux, dans sa circulaire du 2 mai 1859 (D. 1859. 3. 30. § 55) fit remarquer que la Commission du Corps Législatif avait considéré ce consentement comme un simple acte d'administration et non comme une transaction ou un

acquiescement. Le Conseil d'état avait rejeté, cela est certain, cette manière de voir. Les deux corps entre lesquels était, sinon en droit au moins en fait, si bizarrement partagée la puissance législative étant en désaccord, le Garde des Sceaux indique formellement que la jurisprudence aura cette question à résoudre. Il me paraît, au contraire, qu'elle était résolue négativement par ce fait même que le Conseil d'état avait cru devoir rejeter l'amendement présenté par la Commission du Corps Législatif, et cela résulte formellement des termes mêmes du rapport de M. Riché au Corps Législatif : « Le Conseil
« d'état ayant rejeté cette partie de notre article, l'ordre
« amiable devant le juge sera sans doute considéré sous
« ce rapport comme l'est aujourd'hui un ordre devant no-
« taire. »

Cette question est d'une grande utilité, car il y a peu d'ordres où il n'y ait point d'incapables. La Cour de Cassation dans un arrêt récent (6 mars 1893. D. 93. 1. 473) (1) a décidé que le tuteur outrepassait les pouvoirs qu'il tient de la loi en consentant pour le compte du mineur un ordre amiable où celui-ci ne viendrait point en ordre utile. Dans l'espèce soumise à la Cour, les circonstances étaient d'ailleurs particulièrement défavorables au

(1) Voir dans le même sens, *Tribunal de Boulogne-sur-Mer*, 11 mai 1850, *Journal des Avoués*, t. 90, p. 51.

mineur puisque tout le prix était absorbé par la première inscription. A supposer même qu'il en eût le droit, le tuteur avait donc eu évidemment tort de consentir à l'ordre amiable. Il eût agi plus prudemment en demandant le renvoi à l'ordre judiciaire où son pupille pouvait peut-être bénéficier de la négligence d'un des créanciers. Comme administrateur des biens d'autrui, il devait donc s'opposer à tout ordre amiable puisqu'il n'y avait aucun avantage à retirer d'une renonciation pure et simple. La Cour a vu dans cette renonciation un acquiescement en matière immobilière soumis, par conséquent, aux formalités de l'article 464 du Code Civil.

3° A supposer que l'une des créances antérieures fût contestable il faudrait suivre le même système, mais avec cette différence qu'ici c'est l'article 467 et non plus l'article 464 qui interdit au tuteur de consentir à l'ordre amiable. Il s'ensuivra deux différences : d'abord la question de savoir si nous sommes en face d'un droit mobilier ou immobilier ne se posera plus, puisque l'article 467 ne distingue point ; ensuite il ne s'agira plus d'un acquiescement, mais d'une transaction, ce qui exige des garanties bien plus considérables : l'autorisation du Conseil de famille ne suffira plus ici, il faudra en outre l'homologation du Tribunal et une consultation signée de trois jurisconsultes. On voit que dans ces conditions il sera plus avantageux pour le pupille, aussi bien au point de vue des frais qu'au

point de vue du temps, de réclamer le renvoi à l'ordre judiciaire. Et cependant le caractère de transaction est ici tout à fait apparent : un doute pouvait être élevé contre l'une des créances antérieures : on convient qu'aucune objection ne sera faite, à condition que, grâce à l'ordre amiable, on touche plus rapidement, et même un peu davantage, les frais étant moindres.

Il faut donc conclure de là que si un mineur ne doit point être colloqué intégralement, l'ordre amiable est pratiquement impossible, et il est préférable, surtout si l'une des créances peut être contestée, de renvoyer à l'ordre judiciaire.

Il n'en est pas moins vrai qu'il y a dans cette théorie plusieurs singularités : le tuteur ne pourra consentir à l'ordre amiable qui est souvent si avantageux pour le mineur, et il pourra, en laissant volontairement s'écouler le délai imparti pour produire à l'ordre judiciaire, ou en refusant lors du règlement provisoire de contester une créance antérieure, rendre illusoire la protection de la loi, sauf, bien entendu, les dommages-intérêts que le pupille serait en droit de lui réclamer. Enfin l'on considère comme un acquiescement en matière immobilière, le consentement donné à l'ordre amiable, si aucune créance antérieure ne peut être contestée, et le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation pour contester le règlement provisoire de l'ordre judiciaire. Il semble cependant qu'il faudrait, en bonne

logique, voir aussi dans ce cas une instance immobilière et appliquer l'article 464 (1).

Tout ce qui a été dit du mineur s'applique également à l'interdit. Pour le prodigue il y a une différence : le prodigue et son conseil devront intervenir tous deux à l'ordre amiable, tandis que le tuteur n'a jamais, dans notre droit, besoin de l'assistance de son pupille ; mais le prodigue assisté de son conseil n'aura besoin de l'assistance d'aucune des autorisations dont nous venons de parler et dont le tuteur ne peut se passer, ainsi que nous l'avons vu.

Pour le mineur émancipé, s'il est intégralement colloqué, il peut toujours consentir seul à l'ordre amiable, parce qu'on ne peut voir dans ce consentement qu'un acte de pure administration. Mais s'il ne touche qu'une partie ou ne touche point, il faut distinguer : il a pleine capacité s'il s'agit de ses revenus. S'il s'agit de ses capitaux, il a besoin de l'assistance de son curateur pour consentir à l'ordre amiable. Il aura d'ailleurs besoin de cette assistance pour donner une quittance valable s'il s'agit de ses capitaux, alors même qu'il aurait obtenu une collocation intégrale. Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne sont que les administrateurs de ses biens : ils au-

(1) Si les intérêts du mineur étaient en opposition avec ceux du tuteur, celui-ci devrait être remplacé par le subrogé-tuteur. C'est ce qui arrivera si le tuteur se présente en même temps que le mineur comme créancier, ou si l'ordre était ouvert sur les biens du tuteur. Le pupille produirait à l'ordre en vertu de son hypothèque légale.

ront donc exactement les mêmes pouvoirs que le tuteur sur les biens de son pupille.

Femme mariée. — Pour la femme mariée, elle aura, dans la plupart des cas, besoin de l'assistance de son mari. Il faut pourtant faire des distinctions selon les différents régimes matrimoniaux.

1° *Régime de communauté.* — Le mari pourra seul et sans le concours de sa femme consentir à un ordre amiable où celle-ci est cependant intéressée. C'est ce qui a lieu d'abord si la créance est commune. En sa qualité de chef de la communauté le mari sera dans tous les cas maître d'accepter ou de refuser le règlement amiable. Il pourrait de même se passer du concours de la femme pour signer une quittance d'ordre faite par devant notaire.

La créance étant propre à la femme, si la collocation doit être intégrale ou que, n'étant que partielle, les créances antérieures sont incontestables, le mari a qualité comme administrateur des propres de la femme pour participer à l'ordre amiable. Mais si l'une des créances antérieures est contestable, le mari agira prudemment en faisant intervenir sa femme : la jurisprudence lui refuse en effet le droit de disposer des créances propres de sa femme ; enfin celle-ci pourrait à la dissolution de la communauté lui réclamer des dommages-intérêts si par négligence (art. 1428, *in fine*), il l'avait à tort laissée primer par des créances contestables.

2° *Régime dotal*. — Une très grosse difficulté s'élève à propos de la femme mariée sous le régime dotal. Une jurisprudence constante considère en effet la dot mobilière ou tout au moins l'hypothèque légale qui la garantit comme inaliénable. Un immeuble appartenant au mari, grevé par conséquent de l'hypothèque légale de la femme, est vendu et un ordre ouvert sur le prix. La femme produit à l'ordre pour le montant de sa dot mobilière. Comment les choses se passent-elles ?

L'ordre judiciaire est certainement possible en ces circonstances, alors que la femme ne bénéficierait d'aucune collocation, et aucune difficulté n'a jamais été soulevée à ce sujet. Sans doute le règlement de l'ordre sera compliqué et la femme ne pourra obtenir que des collocations conditionnelles ; mais dès ce moment le chiffre de celles des créances de la femme qui sont actuellement garanties par des hypothèques venant en ordre utile est arrêté. Et si désormais une succession survenait à la femme, la restitution par le mari de ce qu'il aurait touché serait bien garantie par l'hypothèque légale ; mais comme dans ce cas particulier l'hypothèque garantissant cette nouvelle créance ne prendrait rang qu'à compter de l'ouverture de la succession (Code Civil, 2135), la femme ne serait point colloquée pour cette créance ; si l'ouverture de la succession est postérieure à la transcription du jugement d'adjudication, l'hypothèque ne grèvera point le prix, et

si elle est antérieure, mais de très peu, elle ne viendra pas en ordre utile. Tout se passe donc comme s'il y avait plusieurs hypothèques différentes, garantissant séparément les diverses créances de la femme. On doit donc, au point de vue de la distribution du prix, ne considérer que celles des créances de la femme qui sont actuellement échues. Il n'y a point lieu de faire une pareille remarque en ce qui concerne l'hypothèque légale du mineur : les biens du tuteur sont grevés d'une même hypothèque, à dater de l'ouverture de la tutelle. Cette hypothèque garantit le solde de son compte ; les distinctions établies par l'art. 2135 sont particulières à l'hypothèque légale de la femme.

Si tous les auteurs reconnaissent la possibilité d'un ordre judiciaire, il n'en est point de même pour l'ordre amiable. Ici la plupart des auteurs sont d'accord pour empêcher la femme dotale de consentir un règlement amiable même avec le consentement du mari, s'il s'agit de son hypothèque légale. Et ce n'est point sans raison. On soutient que la femme ne peut, même avec l'autorisation du mari, donner mainlevée de son hypothèque légale ; que si un ordre judiciaire peut se faire dans ces conditions, cela tient à ce que la radiation des inscriptions qui le termine est opérée en vertu de l'ordonnance du juge, que dans l'ordre amiable au contraire, on ne peut se passer du consentement de la femme ; et comme dans les circonstances que nous étudions la femme est incapable juridi-

quement de donner un pareil consentement, on en conclut que l'ordre amiable est impossible.

A ce système fort logique mais un peu rigoureux, on a apporté quelques tempéraments. Ce sont à peu près les mêmes extensions que celles qui ont été données aux pouvoirs du tuteur. Et d'abord, le mari comme le tuteur peut, en vertu de son pouvoir d'administrateur, consentir à un ordre amiable si la femme y obtient une collocation intégrale. MM. Ollivier et Mourlon pensent même (§ 298) que si la créance de la femme n'est primée que par des créances incontestables et incontestées, le mari peut encore consentir à l'ordre amiable, même si la femme ne doit avoir qu'une collocation incomplète ou ne doit même pas être colloquée. D'après ces auteurs, il y a là un acquiescement, et si cet acte est défendu au tuteur non autorisé par le conseil de famille quand il s'agit de droits immobiliers, les pouvoirs du mari dotal ne subissent aucune restriction de ce genre, et il peut valablement acquiescer, à condition, bien entendu, que cet acquiescement ne cache point une fraude, mais ne soit qu'un acte de bonne administration.

Si au contraire les créances antérieures sont contestables, il en est autrement, car l'article 2045 du Code Civil exige pour transiger que l'on ait le pouvoir de disposer des objets compris dans la transaction, et l'on ne saurait dire que le mari ou la femme dotale aient le pouvoir de

disposer de l'hypothèque légale. La transaction lui étant interdite, l'ordre amiable sera impossible dans ce cas. Il l'est également dans les mêmes conditions pour le tuteur.

3° *Régime de séparation de biens.* — Les époux sont séparés de biens, ou, ce qui revient au même, la femme est mariée sous le régime dotal, mais il s'agit d'une créance paraphernale. Il n'y a plus ici d'incapacité d'ordre public comme pour la femme dotale ; mais en raison de la nature particulière de ce régime, il faut distinguer :

1° La femme obtient une collocation intégrale. Elle peut alors seule et sans autorisation de son mari ni de justice en toucher le montant. Il n'y a là de sa part, au moins d'après l'opinion générale, qu'un acte de pure administration, et d'après l'article 1536 la femme séparée a « l'entière administration de ses biens », et pour se présenter à l'ordre, le mari aurait besoin qu'elle lui donne un pouvoir spécial à cet effet. Remarquons qu'ici c'est la femme qui touche seule ; s'il y avait régime dotal ou communauté, ce serait au mari qu'il appartiendrait de donner quittance, parce que dans ces deux cas c'est lui qui est revêtu du pouvoir d'administrer.

2° La collocation ne sera pas intégrale, mais les créances antérieures sont incontestables et incontestées. Il semble bien qu'il y ait là plus qu'un acte d'administration, et que par conséquent la femme non autorisée ne puisse le consentir, qu'un règlement amiable consenti dans ces con-

ditions équivalent à un acte d'aliénation. Avec le système de la Cour de Cassation (voir l'arrêt du 6 mars 1893 (voir page 61) pas de difficultés puisque la Cour estime que nous sommes en matière immobilière; or l'article 1449, *in fine*, lui refuse formellement le droit de disposition en matière immobilière. Mais si, ce qui semble plus probable, on se trouve en matière mobilière, la question se ramène à celle-ci qui est plus générale : la femme séparée de biens peut-elle disposer de ses meubles en toute propriété, peut-elle sans restriction les aliéner ?

Deux textes tranchent tous deux expressément la question, les articles 217 et 1449 du Code Civil. Le malheur est qu'ils la tranchent en des sens différents et que leurs termes soient absolument contradictoires. En présence de ces deux articles inconciliables, la jurisprudence a pris un moyen terme : elle ne considère les aliénations de meubles faites par la femme comme valables que si elles sont nécessitées par les besoins de son administration (1). Ce système est plein d'inconvénients parce qu'il expose les tiers

(1) Voir Cassation 30 décembre 1862 (D. 63. 1. 41. — S. 63. 1. 257. — *Journal du Palais*, 1863. 946).

Alger, 22 janvier 1866 S. 66. 2. 193. — *Journal du Palais*, 1866, p. 807.

Cassation 25 avril 1882 (P. 82. 1. 248. — S. 83. 1. 231. — *Journal du Palais*, 1883. 1. 529).

Cassation 2 décembre 1885 (D. 86. 1. 294. — S. 86. 1. 97. — *Journal du Palais*, 1886. 1. 225).

Aix 29 avril 1890 (D. 90. 2. 356. — S. 90. 2. 130).

qui traitent avec une femme séparée de biens à des recours tout à fait inattendus : comment savoir en effet, lors de la vente, si l'aliénation que veut faire la femme est nécessitée par des besoins d'administration ? Malgré la plus entière bonne foi, celui qui aura contracté avec la femme verra tous les engagements pris par elle annulés, et le plus souvent sans qu'il puisse même réclamer aucuns dommages-intérêts.

Quoi qu'il en soit, il faudrait, d'après ce système, examiner si le consentement donné par la femme se rattache à des besoins d'administration ; et il n'est pas douteux que si la collocation n'est que partielle, il y ait là plus qu'un acte d'administration. Il faudra, par conséquent, lui refuser le droit de consentir, dans ces conditions, à un ordre amiable.

3° A plus forte raison ne pourrait-on reconnaître à la femme séparée le droit d'agir seule, si les créances qui l'empêchent d'obtenir une collocation intégrale étaient contestables. Comme nous l'avons vu, il y a là une transaction qui suppose un pouvoir plus étendu que l'acquiescement.

On ne pourra donc accorder à la femme le droit d'accepter le règlement amiable que si elle touche intégralement le montant de sa créance. Et même dans ce cas, une objection assez sérieuse peut être faite : la femme, quel que soit le régime sous lequel elle est mariée, ne peut

ester en justice sans l'autorisation de son mari. Cette disposition législative ne souffre aucune exception en matière civile, et il peut arriver que la femme séparée ait le pouvoir de consentir un ordre consensuel devant notaire, et ne le puisse devant le juge. Le pouvoir d'administration dont elle est revêtue ne lui donne pas qualité pour figurer dans les procès qui peuvent s'élever à propos de ses actes d'administration. Même autorisée à faire le commerce, elle aura besoin d'une autorisation spéciale pour plaider.

En ce qui concerne l'ordre amiable, cette question est discutée : ceux qui ne voient dans l'ordre amiable qu'un ordre consensuel perfectionné, autoriseront la femme à y figurer ; ceux qui y voient un véritable préliminaire de conciliation qui doit nécessairement précéder l'ordre judiciaire, refuseront à la femme le droit d'y intervenir si elle n'est pas spécialement autorisée. Selon l'opinion que l'on adopte sur la nature de l'ordre amiable, on choisira l'une ou l'autre de ces opinions.

Syndic de faillites. — Il reste à étudier un cas particulier que la plupart des auteurs négligent et qui, pourtant, est d'un intérêt pratique assez considérable : dans l'actif d'une faillite se trouve une créance hypothécaire, et le prix de l'immeuble est inférieur au total des créances hypothécaires. L'ordre étant ouvert dans ces conditions, le syndic et le failli seront tous deux convoqués à l'ordre amiable. Mais qui aura qualité pour y consentir un arran-

gement ? Cette question doit, à ce qu'il semble, être résolue par des distinctions du genre de celles que l'on est contraint de faire pour les incapables.

Si d'abord il y a collocation intégrale il n'y a point de difficultés : on appliquera purement et simplement l'article 485 du Code de Commerce. D'après ce texte le syndic est chargé de procéder au recouvrement des dettes actives. En cette qualité il participera à la confection de l'ordre amiable et touchera le montant de la collocation.

Si le failli ne doit être que partiellement colloqué et que parmi les créances antérieures il y en ait de contestables, nous sommes en face d'une transaction. En appliquant à ce cas particulier les dispositions de l'article 487 du Code de Commerce, nous dirons que le syndic aura toujours besoin de l'autorisation du juge-commissaire de la faillite. Cet article exige en outre, si l'objet de la transaction (c'est-à-dire ici le montant nominal de la séance du failli) est supérieur à trois cents francs, l'homologation du Tribunal. Ce Tribunal sera, dit notre texte, le Tribunal de Commerce s'il s'agit d'une transaction relative à des droits mobiliers, et le Tribunal Civil si la transaction porte sur des droits immobiliers. Enfin dans ce dernier cas le failli a un droit de veto. Nous avons déjà vu, à propos de l'étendue des pouvoirs du tuteur, l'intérêt que présente, pour l'ordre amiable, la question de savoir si une créance hypothécaire constitue en ce qui concerne les pouvoirs du

tuteur une matière mobilière ou immobilière. La Cour de Cassation qui a jugé dans un arrêt récent (6 mars 1893. D. 93. 1. 473) qu'il y avait là un droit immobilier, exigerait donc dans ce cas le consentement du failli et l'homologation du Tribunal Civil. Dans ces conditions les autres créanciers hypothécaires auront certainement intérêt à réclamer le renvoi à l'ordre judiciaire. Ils gagneront du temps et de l'argent.

Supposons maintenant que les créances antérieures à celles du failli soient toutes incontestables. Ainsi que nous l'avons vu, il y a dans ce cas un acquiescement. La question qui se pose est celle-ci : le syndic a-t-il le pouvoir d'acquiescer ? Les textes ne donnent aucune solution de cette question. On dit, pour lui refuser ce pouvoir, qu'en général pour acquiescer il faut avoir la libre disposition du droit ; que les syndics sont de simples administrateurs représentant l'ensemble des créanciers, et leur mandat ne leur donne point qualité pour acquiescer. Les créanciers de la faillite qui pourraient interjeter appel d'un jugement auquel le syndic aurait acquiescé (Rouen, 8 août 1840. *Journal du Palais* 1841. 2. 684), pourraient donc tenir pour non avenu l'ordre de conciliation qu'il aurait consenti.

D'après deux arrêts récents (Cassation, Ch. Civile 23 février 1885, D. 85. 1. 284. — Orléans, 17 avril 1886. *Journal des Faillites* 1886 p. 271) le syndic peut bien se désister

de l'instance, mais non de l'action elle-même ; pour se désister de l'action, il doit respecter les dispositions des articles 487 et 535 du Code de Commerce (argument d'analogie). Mais ce rapprochement est très contestable : en effet les articles que nous venons de citer visent la transaction et non l'acquiescement qui ne doit point être soumis aux mêmes règles. Cette distinction est tout à fait dans l'esprit du législateur qui, au Code Civil, a permis au tuteur sans conditions l'acquiescement mobilier et exige des formalités bien plus compliquées pour une transaction quelconque que pour l'acquiescement immobilier. De ce que le syndic a besoin d'être autorisé pour transiger, on ne saurait donc induire qu'il en a également besoin pour acquiescer (1).

Il n'est peut-être pas d'ailleurs tout à fait exact de voir un acquiescement dans le consentement donné à un ordre amiable, où il n'y a aucune créance antérieure contestable. Tout au moins n'est-ce pas absolument le sens où l'on emploie d'ordinaire le mot acquiescement. Si j'acquiesce à une action qui est intentée contre moi, ou que renonçant à toutes les voies de recours, j'acquiesce à un jugement qui me condamne, il y a là de ma part une reconnaissance absolue du droit que l'on m'oppose, c'est un acte de soumission. Dans l'ordre amiable, le fait de reconnaître que

(1) Voir en ce sens MM. Lyon-Caen et Renault. Précis de droit commercial. T. II, n° 2848.

certaines créances qui sont incontestablement antérieures à la mienne doivent être colloquées d'abord, n'est un acquiescement que si je ne dois rien toucher. Dans ce cas il y a bien ce désintéressement qui caractérise le véritable acquiescement. Sinon, si je ne consens à laisser colloquer une créance la première que pour être colloqué ensuite et primer les créances postérieures, je réclame une reconnaissance partielle de mon droit analogue à celle que suppose une transaction. Le consentement que le syndic donne dans ces conditions à l'ordre amiable ressemble plus à des conclusions pour s'en rapporter à justice qu'à un acquiescement. Un arrêt distingue entre ces deux actes (Paris, 13 novembre 1890, *Journal des Faillites*, 11^e année, p. 339); il refuse au syndic le droit d'acquiescer et lui reconnaît, bien entendu, le droit de s'en rapporter à justice; l'analogie n'en est pas moins certainé.

Il faut donc dire qu'il n'y a véritablement acquiescement que si le syndic consent à l'ordre amiable alors qu'il ne doit rien toucher. Sinon, le syndic qui représente la masse des créanciers, a trop d'intérêt à ce que l'ordre amiable puisse se conclure (si les fonds manquent sur lui, il est le seul à en bénéficier), pour que l'on puisse y voir un acquiescement pur et simple.

Nous avons examiné comment les divers incapables seront représentés à l'ordre et dans quelles conditions le règlement amiable aura lieu. On voit combien d'arrange-

ments sont entravés par les mesures excessives de protection prises par la loi. Il y a beaucoup d'ordres où des incapables sont intéressés, et l'on conçoit qu'une loi qui voudrait faciliter la conclusion de l'ordre amiable devrait principalement porter sur ce point.

Enfin il y aurait beaucoup à dire contre le système appliqué en pratique : en l'absence des dispositions spéciales de la loi on est bien obligé de recourir aux principes généraux. Mais est-il toujours facile de se rendre compte dès l'ordre amiable si un créancier touchera intégralement le montant de sa créance ou s'il s'en faudra de peu ; s'il ne recevra rien ou s'il lui reviendra un léger reliquat ? A ce moment ni le chiffre des frais ni celui des intérêts ne sont exactement connus, et il est impossible d'établir à quelques francs le chiffre exact de la collocation. On voit quels inconvénients a ce système qui escompte, pour donner ou refuser capacité aux intéressés, un résultat que l'on ne peut pas prévoir exactement.

Remarquons aussi que c'est surtout lorsque l'incapable n'est colloqué que partiellement, que la loi pour protéger les incapables, devrait faciliter l'ordre amiable, car tous les frais seront en définitive payés sur leur collocation.

CHAPITRE VI

NATURE DE L'ORDRE AMIABLE

J'ai gardé, pour conclure, la question la plus longue et la plus grave de toutes celles qui se posent à propos de l'ordre amiable. Elle ne peut, à ce qu'il me semble, être complètement embrassée que lorsqu'on a passé en revue toutes les autres. C'est de savoir quelle est la nature même de l'ordre amiable. Avec cette question il faut en examiner plusieurs, qui, pour la plupart ne peuvent, selon moi, être examinées à part ; ce sont : la liberté de représentation à l'ordre amiable, les voies de recours, et la force de chose jugée qu'on lui accorde ou qu'on lui refuse.

En effet selon le système que l'on adoptera sur la nature de l'ordre amiable, il faudra adopter pour ces questions secondaires, le système correspondant.

Deux systèmes absolument contraires sont soutenus :
1° le règlement amiable est un perfectionnement de l'ordre consensuel et si la loi n'a point, comme il était logique

avec ce système, laissé aux notaires le soin de recevoir un tel contrat, c'est pour favoriser un arrangement. Il se concluera en effet plus facilement ainsi, d'abord à cause de l'ascendant qu'exercera le juge sur tous les créanciers, ensuite parce qu'il y aura peu de frais; et tous les praticiens savent que dans les transactions les difficultés portent presque toujours principalement sur le paiement des frais.

A l'appui de ce système, on invoque certaines expressions qui furent employées lors de la discussion. Il est vrai que l'opinion adverse tire de la même source des arguments tout aussi concluants : pour défendre le caractère consensuel, on rappelle d'abord qu'il fut proposé de laisser aux notaires le soin de recevoir ces conventions comme ils reçoivent les autres, et que si finalement cette fonction fut remise à un juge-commissaire, ce fut plutôt pour rendre moins coûteux le règlement amiable que par respect des principes (1).

2° Mais un certain nombre d'auteurs ont suivi sur ce point la théorie que MM. Grosse et Rameau défendirent

(1) Houyvet, n° 122, p. 236. — Ollivier et Murlon, p. 468. — Martin, n° 58. — Audier, sur l'art. 751. — Chauveau, 9. 2551. — Seligman, n° 179, sq., n° 221. Voir aussi : Amiens, 17 juillet 1868 (D. 69-2-21. — S. 68-2-257. — *Journal des Avoués*, t. 94, p. 76. — Paris, 8 décembre 1874 (D. 76-2-219). — Bordeaux, 26 juillet 1886 (D. 88-2-237). — Tribunal de la Seine, 28 janvier 1890 (*Journal des Avoués*, t. 115, p. 235). — Pau, 25 novembre 1891 (D. 92-2-389).

les premiers, sur le caractère purement judiciaire de l'ordre amiable. Dans cette opinion, on prétend que l'ordre amiable est un ordre judiciaire débarrassé par faveur de presque toutes les formalités, mais qui n'en conserve pas moins le caractère d'instance (1).

Si l'on soutient le premier système, il est difficile d'accorder aux avoués le droit exclusif de représenter les parties ; puisque dans ce cas, ce règlement amiable tire toute sa force de l'accord des parties, il faut que ce consentement soit constaté par la signature des parties au procès-verbal ; en outre ce procès-verbal, n'étant qu'une convention privée, n'a point autorité de chose jugée ; enfin les intéressés ne peuvent invoquer aucune des voies légales de recours admises contre les jugements : ils ne peuvent attaquer le procès-verbal que par les actions en nullités qui sont données dans certains cas, aux termes du Code Civil contre les conventions.

Remarquons d'ailleurs que l'on peut à la rigueur si l'on défend le caractère judiciaire de l'ordre amiable, refuser aux avoués le droit exclusif de représenter les intéressés : ce sera alors une mesure de faveur toute particulière ; mais

(1) Grosse et Rameau, t. I, n° 225. — M. Preschez, p. 54. — M. Garsonnet, t. IV, n° 790. Voir outre les arrêts rapportés, p. 96. Rouen, 17 juin 1863. (D. 64-2-34 — S. 63-2-219). — Pau, 21 février 1887 (D. 87-2-247). — Tribunal d'Albi, 20 mai 1892 (*Journal des Avoués*, T. 117, p. 427).

toutes les autres questions reçoivent nécessairement une solution contraire à celle que nous venons d'exposer.

On a souvent, et avec raison je crois, rapproché cette tentative de règlement amiable, de la tentative de conciliation qui doit, aux termes de l'art. 48 du Code de procédure précéder toute instance. Et d'abord, il me semble presque impossible de contester que c'est cette tentative de conciliation qui a, en somme, donné la pensée de créer l'ordre amiable. La presque similitude pour la convocation, pour le conciliateur, pour la pénalité prononcée contre le non comparant, montre bien que le législateur s'en est largement inspiré; et le chargement des lettres, la place plus élevée dans la hiérarchie judiciaire du magistrat chargé de la conciliation, le taux plus élevé de l'amende ne constituent pas des différences sérieuses : il y a là seulement une triple preuve que la loi attache plus d'importance au règlement amiable qu'à la tentative de conciliation dont le juge de paix est chargé.

Cette ressemblance pourtant si complète entre ces deux tentatives d'accord est cependant très combattue (1), mais il est évident, malgré les légères différences que l'on pourrait relever, que la tentative de règlement amiable est un cas particulier de la tentative de conciliation devant le juge de paix.

(1) Voir par exemple M. Preschez, p. 59.

Il y eut cependant une différence d'intention dans l'origine de ces deux institutions : le préliminaire de conciliation fût établi pour terminer, grâce à l'intervention paternelle d'un juge de paix, un différend sur le point de dégénérer en procès. Au contraire, pour l'ordre amiable, ce fut une manière économique de fixer les droits de chacun des créanciers sur le prix. On a cherché plutôt à créer une procédure très simple, presque rudimentaire, qu'à terminer un différend que l'insolvabilité du saisi rend impossible à arranger à la satisfaction de tous. C'est ce qu'on peut dire pour défendre le caractère judiciaire de l'ordre amiable. Il y a en outre une différence dans les pouvoirs du juge : à moins que la convention ne soit contraire à l'ordre public, le juge de paix doit la constater au procès-verbal de conciliation. Au contraire, le juge-commissaire à l'ordre doit refuser d'approuver le projet de règlement amiable s'il le trouve contraire aux règles de la justice (circul. ministérielle du 2 mai 1859) ou s'il y est traité de choses étrangères à l'ordre.

M. Houyvet prouve, d'une autre manière, le caractère purement consensuel selon lui, du règlement amiable. Il remarque que c'est un perfectionnement du délai d'un mois que la loi réservait autrefois (ancien art. 749) pour un arrangement dont les parties devaient prendre l'initiative. Faute d'un médiateur, cette disposition était restée sans plus d'effet que l'est actuellement la disposition sem-

blable de l'art. 656 à propos des distributions par contribution. La loi de 1858 a voulu tirer de ce délai un parti plus fécond en créant ce qui manquait, le « centre commun, l'agent désigné de la conciliation », chargé de donner l'authenticité à la convention conclue devant lui. Pour prouver cette ressemblance parfaite, selon lui, entre la nature de l'ordre consensuel antérieur à 1858 et l'ordre amiable, il rappelle, comme le fait d'ailleurs M. Chauveau (Q. 2551), les termes de l'art. 751 : « le juge constate que les créanciers n'ont pu se régler *entre eux* »; il y a, d'ailleurs, dit-il, contradiction entre tenter une conciliation, la constater, et statuer ou juger comme il devrait le faire, s'il y avait ici un acte judiciaire. Il rappelle enfin, d'après le discours du rapporteur, les trois causes qui ont décidé à établir le règlement amiable : « L'exemple de la loi qui « a exigé une tentative de conciliation avant d'ouvrir une « barrière aux procès. — Le vœu du législateur qui impose, en matière d'ordre, un délai pendant lequel les « créanciers doivent tenter de se régler amiablement. — « L'exemple des Codes étrangers ».

Il est certain que les deux premiers motifs ont dû donner naissance à un règlement amiable consensuel plutôt que de nature judiciaire; et pour le troisième, il faut remarquer que la loi belge du 15 août 1854 (art. 102), comme d'ailleurs notre art. 751, dit : « les créanciers et la « partie saisie doivent se régler *entre eux* sur la distribu-

« tion du prix ». L'ordre amiable, conclut M. Houyvet, est donc resté de même nature qu'avant la loi du 21 mai 1858.

Il y a aussi dans l'ordre amiable une assez grande ressemblance avec ce qu'on appelle les *jugements d'expédient* ou *jugements communs*. Ce sont des contrats judiciaires revêtus de la forme d'un jugement dont ils ont la force et l'autorité, et que l'on utilise parfois en pratique pour donner à une convention le caractère et les effets d'un jugement. Une personne qui n'est créancière qu'en vertu d'un titre sous seings privés, accorde, par exemple, à son débiteur un certain délai, mais sous condition d'être armée désormais d'un titre exécutoire qui la dispense de prendre jugement contre son débiteur, après la nouvelle échéance convenue, et de le poursuivre immédiatement après (1).

Les avoués des parties présenteront un projet de jugement arrêté de concert entre eux, et qu'ils signent au

(1) On peut se demander quel avantage trouve le créancier à employer ce moyen plutôt que d'opérer une novation et faire constater sa nouvelle créance par acte authentique. Il y aura d'abord l'avantage d'avoir une hypothèque judiciaire qui est générale. Enfin, pourvu que l'on ait fait acquiescer le débiteur, il ne peut invoquer contre ce jugement aucune voie de recours, ni appel, ni cassation (Rousseau et Laisney, Dict. de procédure, jugement n° 45); il pourrait, au contraire, attaquer l'acte notarié soit par l'inscription de faux, soit par l'une des actions en nullité que donne le Code Civil. Mais le plus souvent ces arrangements interviennent au cours d'une instance. Alors étant donné que la plus grande partie des frais sont déjà faits, il serait plus onéreux de faire supprimer l'affaire et de se rendre chez un notaire.

nom des parties. Supposons que le Tribunal adopte ce projet qu'en pratique on nomme un dispositif. A proprement parler il n'y a là ni un contrat, ni un jugement, mais un acte tout à fait mixte, une véritable convention privée qui a revêtu la forme d'un jugement. Il me semble qu'il y a quelque chose d'analogue dans l'ordre amiable où le juge, après examen de la convention passée entre les parties, la sanctionne et lui donne force exécutoire.

En 1858 on avait fait une tentative assez pratique, et surtout très logique avec le système qui défend la nature judiciaire de l'ordre amiable. C'était de créer un petit ordre judiciaire à côté du grand. Dans ce projet qui émanait de la Commission du Corps Législatif, le juge-commissaire avait pleine juridiction lorsqu'il s'agissait de la distribution d'une somme de 1.500 francs au plus. Ce système, inspiré peut-être par la disposition particulière de l'article 661 du Code de procédure, d'après lequel le juge-commissaire de la contribution statue seul et d'une façon définitive sur les droits du propriétaire quel que soit le chiffre des loyers, ne fut point admis. Il est probable que la création de l'ordre amiable ne fut point étrangère à cet échec. On pensa que cette heureuse innovation aurait surtout alors de bons effets, parce que l'intérêt de chacun des créanciers serait minime. C'était d'ailleurs une grave modification : pour la procédure spéciale de l'ordre il y aurait eu selon les cas quatre procédures

différentes : le règlement amiable, le petit ordre, si le prix à distribuer était égal ou inférieur à 1.500 francs ; l'instance en attribution, si le prix était supérieur à 1.500 francs, et qu'il y eût néanmoins un minimum de quatre créanciers inscrits ; enfin l'ordre judiciaire.

Le Code de procédure luxembourgeois, promulgué le 2 janvier 1889 (Annuaire de Législation comparée, 1889, p. 588), s'est inspiré de ce système. En cas de désaccord entre les créanciers, si la créance contestée n'excède point 300 francs, le juge-commissaire statue souverainement ; si elle est supérieure à ce chiffre, il procède immédiatement au règlement provisoire. Il y a dans les deux cas économie de temps et d'argent.

On voit combien on a de peine à prendre parti au milieu des inconvénients et des avantages de chaque système. La circulaire ministérielle dont nous avons parlé montre bien qu'il n'est point si facile de dire quelle est la nature de l'ordre amiable. Tantôt elle dit que le juge « constate l'accord des parties » ; puis elle déclare « que c'est lui seul qui procède à l'ordre » ; mais d'une façon générale elle paraît incliner à reconnaître au règlement amiable un caractère judiciaire.

La jurisprudence paraît aussi tendre en ce sens (V. Pau, 21 février 1887. D. 87, 2, 247), ainsi que nous allons le voir en examinant les questions secondaires à l'occasion desquelles des différends se sont élevés. Il faut faire

cependant une exception pour la première de toutes, à propos du ministère des avoués à l'ordre amiable. Nous verrons d'ailleurs que la solution qu'elle en donne peut se concilier avec le caractère judiciaire du règlement amiable.

Assistance des avoués à l'ordre amiable. — Une question qui, au début, s'est présentée très souvent en pratique, mais qui, maintenant, paraît définitivement tranchée, c'est de savoir si les avoués sont mandataires obligatoires des parties pour l'ordre amiable comme pour les différents actes de postulation. Remarquons d'abord qu'il ne s'agit ici que de la représentation des parties à la réunion devant le juge-commissaire, car tout le monde reconnaît que la réquisition d'ouverture du procès-verbal est du ministère exclusif des avoués.

Pour cette question on retrouve avec plus d'hésitations encore tous les systèmes soutenus sur la nature de l'ordre ; ici, en effet, il y a trois opinions différentes.

A. — La plupart de ceux qui considèrent le règlement amiable comme un acte de nature judiciaire, disent qu'en raison même de cette nature les avoués sont les seuls qui puissent se présenter devant le juge-commissaire, qu'il en est ainsi pour tous les actes de leur ministère, qu'ils ont le droit exclusif de représentation devant les tribunaux. Pour suivre ce système jusqu'au bout, il faut aller jusqu'à dire qu'ils ont ce droit de représentation à l'ex-

clusion des parties mêmes, que si un créancier hypothécaire se présentait en personne, il serait considéré comme défaillant et encourrait l'amende. De même ce n'est point la présence du défendeur à la barre, mais la constitution d'un avoué qui empêche le tribunal de prononcer défaut.

Ce système est difficilement soutenable, parce que toutes les fois que la loi espère un arrangement amiable, elle a le soin de prescrire la comparution personnelle des parties et l'absence de leurs conseils. Il en est ainsi en conciliation devant le juge de paix, et devant le Président du Tribunal pour la tentative de conciliation des époux qui doit précéder la demande en divorce ou en séparation de corps (C. Civ., art. 238). On ne peut donc admettre qu'il soit interdit aux parties de se présenter à la réunion où le règlement amiable doit se conclure. Un correctif est proposé: il me paraît également contraire à l'esprit de la loi : c'est d'autoriser la présence des parties, mais avec l'assistance obligatoire d'un conseil qui ne peut être qu'un avoué. On dit en faveur de l'assistance obligatoire des parties par des avoués, que grâce à elle les intéressés ne se présenteront à l'ordre amiable qu'avec des renseignements complets, et assistés de conseils au courant de toutes les difficultés de notre régime hypothécaire. Mais l'inconvénient, lorsque les parties ne sont point présentes, est toujours dans l'appréhension toute naturelle des avoués d'encourir une responsabilité et dans leur manque

de pouvoir pour accepter une collocation partielle. D'ailleurs quelle utilité voit-on à ce que les créanciers qui ne doivent point être colloqués se fassent représenter par des avoués qu'ils seront pourtant bien obligés de payer? On propose un tempérament qui est accepté unanimement à cause de sa commodité : c'est de permettre aux créanciers qui ne viennent point en ordre utile ou qui sont désintéressés, de se présenter seuls ou d'écrire au juge-commissaire pour exposer leur situation. En tous cas, les ordres tout à fait simples ne sont point si rares qu'on veut bien le dire, et alors pourquoi forcer les créanciers inscrits à dépenser une somme relativement importante pour une assistance tout à fait inutile? Enfin, comment toutes les parties se feront-elles représenter à la réunion dans les tribunaux où il n'y a qu'un petit nombre d'avoués? Il faudra que le même avoué représente plusieurs parties comme cela a lieu pour l'ordre judiciaire. Mais cette faculté me paraît particulièrement délicate ici où il n'y a point de procédure écrite, mais seulement des conventions verbales.

Ce système a surtout un avantage ; si l'on admet qu'il y a là un acte de postulation, il est tout naturel de présu-mer le mandat de l'avoué, sauf désaveu de la partie. On évite ainsi des frais assez considérables de procurations. Mais que devient alors la disposition spéciale de l'art. 352 du Code de procédure, d'après lequel l'avoué ne peut sans pouvoir spécial transiger ou acquiescer?

B. — Un deuxième système est plus généralement soutenu, il est également fondé sur le caractère judiciaire de l'ordre amiable; c'est celui que la jurisprudence actuelle et notamment celle du Tribunal de la Seine paraît avoir adopté. Elle n'admet point le caractère obligatoire de la représentation des parties par un avoué, elle est en cela dans le vœu de la loi en laissant les parties venir en personne, mais elle fait cependant une situation toute de faveur à l'avoué : tandis que tout autre mandataire devra prouver l'existence de son mandat soit par un acte authentique, soit par un acte sous seing privé (1) enregistré, le mandat donné à l'avoué est présumé par cela seul que celui-ci est possesseur des pièces et de la lettre de convocation. Ce sont des raisons de pratique qui font dispenser en ce cas l'avoué de représenter un pouvoir. On peut dire il est vrai que pareille situation lui est faite dans certains cas, en matière de référés par exemple, où, bien qu'aucun texte n'autorise les parties à se présenter en personne, son assistance n'est point en général considérée comme obli-

(1) On décide en général qu'un acte notarié n'est pas indispensable ; que les arguments tirés de l'article 2148 et du principe que la procuration doit être notariée, si l'acte en vue duquel elle est donnée, ne peut également se faire que dans la forme authentique ne s'appliquent point : icile but principal du mandat n'est point de consentir la radiation de l'hypothèque, mais de s'entendre sur les difficultés pouvant s'élever à propos du rang ou de l'existence de la créance. En ce sens, Aix, 13 mars 1860 (D. 60, 2.165).

gatoire ; cependant on n'y a jamais exigé de l'avoué un pouvoir, et l'on en exige de tous les autres mandataires.

Certainement il serait désirable que cette solution qui paraît la meilleure fut reçue partout, mais en l'absence de textes précis qui établissent cette distinction, il est difficile de l'admettre. Ce système protège en fait, sinon en droit, contre l'intervention de praticiens peu scrupuleux, et favorise autant que possible la présence des avoués qui, en l'absence des parties ou dans un ordre un peu compliqué, est fort utile au juge-commissaire pour parvenir à l'ordre amiable. Mais il me paraît qu'un texte formel serait indispensable pour dispenser l'avoué de procuration spéciale : actuellement, il me paraît exposé au désaveu s'il n'obtient qu'une collocation partielle qui, nous l'avons vu, est selon les cas une transaction ou un acquiescement.

C. — Le troisième système est le plus simple de tous : c'est celui qui est défendu par les partisans de la nature consensuelle de l'ordre amiable : nous sommes en face d'un contrat ordinaire ; l'avoué a besoin, pour y représenter un des intéressés, d'un pouvoir régulier comme il en aurait besoin pour figurer dans un règlement amiable consenti par devant notaire. C'est le système défendu par l'ancienne jurisprudence (Caen, 29 mars 1859 ; D. 59. 2. 140. — S. 59. 2. 200. — *Journal des Avoués*, 59, p. 201). — Cassation, 16 novembre 1859, D. 60. 1. 1. — S. 59. 1. 889. — *Journal des Avoués*, 60 p. 15), et particulière-

ment Cassation, 28 mars 1879 (S. 79. 1. 235) qui, partant du principe qu'à l'ordre amiable l'avoué est un simple mandataire, décide que les injures qui lui sont adressées ne peuvent être considérées comme adressées à un officier ministériel dans l'exercice de ses fonctions.

La jurisprudence actuelle paraît plutôt incliner vers le deuxième système qui est presque unanimement admis en pratique.

Ce système a l'inconvénient de charger fort lourdement les petits ordres de frais de procuration relativement considérables et absolument inutiles. MM. Ollivier et Mourlon (n° 273), proposent un tempérament : c'est que le juge soit souverain appréciateur de la preuve du mandat. C'est une manière détournée et un peu hypocrite d'arriver à dispenser les avoués de procuration. Ce système manque d'ailleurs totalement de logique, car du moment que l'on considère l'ordre amiable comme un simple contrat, il est impossible d'admettre que le juge ait un tel pouvoir. Cette proposition montre bien que tout le monde reconnaît les inconvénients qu'entraîne l'obligation pour tous les mandataires d'une procuration.

Signature du procès-verbal. — Nous avons vu que la question de savoir si les avoués ont le monopole exclusif de la représentation à l'ordre amiable n'est point nécessairement liée au parti que l'on prend sur la nature du règlement amiable. Il en est autrement pour une autre diffi-

culté qui, d'ailleurs, porte exclusivement sur la forme : c'est de savoir si toutes les parties doivent signer le procès-verbal de règlement amiable, ou s'il suffit qu'il le soit du juge et du greffier. Ceux qui défendent le caractère judiciaire de l'ordre amiable s'appuient sur sa ressemblance avec l'ordre judiciaire. Mais il y a cette différence que l'ordre amiable est volontaire et que l'ordre judiciaire est forcé : celui-ci est un pur acte du juge, tandis que celui-là émane directement des créanciers. On ajoute que la signature des parties est inutile, car leur accord est suffisamment constaté par l'affirmation du juge contre laquelle on peut d'ailleurs s'inscrire en faux.

Pour ceux qui soutiennent la nature consensuelle du règlement amiable, c'est le consentement unanime des créanciers qui est le fondement de l'ordre, et il importe que leur volonté soit constatée de façon indéniable : pourquoi le juge signerait-il seul avec son greffier, puisqu'il n'intervient en quelque sorte que pour rendre exécutoire le contrat intervenu entre les créanciers inscrits ? Il en est de même que du procès-verbal de conciliation dressé par le juge de paix, qui doit aussi être signé des parties. Mais les partisans de la nature judiciaire de l'ordre amiable prétendent d'abord que le rapprochement avec le procès-verbal de conciliation n'est point probant, car le règlement amiable seul a un caractère judiciaire. Ils ajoutent que l'ordre amiable ne tire point son authenticité de la

signature des parties, mais de celles du juge et du greffier; et que la force de chose jugée dont il est revêtu, ainsi qu'on le soutient dans ce système, rend tout à fait inutile la signature des parties.

Mais ne peut-on point, même dans ce système, être d'avis qu'il serait néanmoins préférable de l'exiger ? Dans bien d'autres actes du ministère du juge, qui ont également ce caractère d'authenticité, on exige cette formalité : il en est ainsi, par exemple, en matière d'enquête (C. de procédure, art. 274). Il y a là une mesure protectrice du magistrat qui ne peut ainsi être soupçonné ; et en ce sens elle a bien son utilité (1). Mais au point de vue pratique, ses inconvénients sont plus considérables encore : il est rare, en effet, qu'on puisse, séance tenante, calculer précisément la collocation de chacun des créanciers, particulièrement de celui sur qui les fonds manqueront, et d'ailleurs on ne connaît pas le chiffre des frais de poursuite. En réalité, on propose aux créanciers plutôt un projet qu'un règlement définitif dont à ce moment on ne peut déterminer que les grandes lignes. Dans ces conditions, le juge-commissaire ne peut ni leur faire signer le projet, ni les

(1) C'est dans ce but qu'à Paris, où cependant le procès-verbal n'est jamais signé par les intéressés, le juge-commissaire se fait remettre par ceux des créanciers inscrits qui ne viennent point en ordre utile, leur lettre de convocation sur laquelle il fait écrire et signer qu'ils s'en rapportent à justice.

faire signer en blanc le règlement à dresser plus tard, ce qui d'ailleurs présenterait plus d'inconvénients encore que l'absence de signature.

Force de chose jugée du règlement amiable. — Voies de recours.

Je viens de dire que dans le système qui donne à l'ordre amiable un caractère judiciaire, on lui attribue **force de chose jugée**. (Voir en ce sens : Rouen, 17 juin 1863, S. 63. 2. 219; D. 64. 2. 34; Paris, 8 déc. 1874, D. 76. 2. 219. S. 75. 2. 260; Pau, 13 février 1887, D. 87, 2. 247; Trib. d'Albi, 20 mai 1892; *Journal des Avoués*, t. 117, p. 427; Trib. de Langres, 22 mars 1893; *Journal des Avoués*, t. 118, p. 325). C'est absolument logique, de même que la négative est très naturellement soutenue par les partisans de son caractère consensuel. L'intérêt de cette question porte principalement sur le point de savoir de quelle manière peut être attaqué le règlement amiable. Est-il un acte consensuel? aucune des voies légales de recours indiquées par le Code de procédure ne peut être admise, parce qu'il s'agit d'un contrat et non d'un acte du juge; les parties pourront seulement demander en justice la rescision dans les cas prévus par le Code Civil (art. 1304). Sommes-nous, au contraire, en face d'un acte judiciaire? il faut examiner si c'est un de ces actes qui

acquièrent immédiatement force de chose irrévocablement jugée, ou si, au contraire, il peut être attaqué par l'une des voies légales.

On peut être tenté de croire que ce sont là des difficultés toutes de théorie, et dont l'application ne se présente jamais, puisque les jugements comme les contrats n'ont de valeur absolue qu'entre les parties qui y ont figuré. Et comme l'adjudicataire et le saisi ne sont pas absolument nécessaires à l'ordre amiable, et que le consentement de tous les créanciers inscrits est indispensable à sa conclusion, on peut se demander quelles difficultés pourraient se produire.

Elles sont de deux sortes, et leur importance est bien inégale : entre les parties il s'agit de savoir quelles voies de recours seraient opposables au règlement amiable, ou si tout au moins on en pourrait demander la nullité dans certains cas ; avec les tiers il ne s'agit plus que d'une question de pure pratique, dont la solution est nécessairement dépendante de la nature de l'ordre amiable, puisqu'elle ne se pose que si l'on en admet le caractère judiciaire ; cette question porte sur l'application de l'art. 548 du Code de procédure.

Entre les intéressés, les conséquences du parti que l'on adopte sur la nature du règlement amiable sont très importantes, puisque si l'on y voit un pur contrat, les parties ne pourront en demander l'annulation que dans les cas

prévus par les articles 1304 et suivants du Code Civil (1). Un jugement du Tribunal de la Seine du 28 janvier 1890 (*Journal des Avoués*, t. 115, p. 235), fait de ce principe une application particulièrement exacte : il décide que l'erreur non déterminée par le dol n'annulant le contrat que si elle porte sur la substance, le règlement amiable, qui lui-même n'est aussi un contrat, ne sera annulable que si l'erreur existe à propos de la nature même de l'une des créances.

Voit-on au contraire dans l'ordre amiable un acte judiciaire, on ne peut en fait de voie de recours accorder ni l'opposition, puisque la présence des créanciers est indispensable à sa conclusion, ni l'appel puisque leur libre consentement est aussi requis. Le pourvoi en Cassation serait certainement ouvert ; il en serait de même à ce qu'il semble pour la requête civile, mais, bien entendu, seulement dans les cas exceptionnels où la loi l'accorde, et notamment dans le cas de dol personnel (Code de procédure, art. 480).

D'après cet article la voie de recours dont nous venons de parler peut être employée dans les deux mois de la si-

(1) En ce sens : Tribunal de la Seine (2^e Ch.), 16 février 1861 (D. 61-3-87). — Tribunal de Valence, 20 février et 31 août 1864, *Journal des Avoués*, t. 91, p. 116 ; Valence, 15 juillet 1865, *Journal des Avoués*, t. 92, p. 272. — Douai, 12 août 1869 (D. 70-2-51. — S. 69-2-319. — Amiens, 17 juillet 1868 (D. 69-2-21. — S. 68-2-257). — *Journal des Avoués* (t. 94, p. 76). — Paris, 8 décembre 1874 (D. 76-2-219).

gnification du jugement. A défaut de signification, je crois qu'ici la requête civile serait recevable jusqu'à l'exécution même du règlement amiable. Le dol en entraînerait également l'annulation, si l'on y voit un pur contrat ; mais dans ce cas le délai pour en demander la rescision sera de dix ans à compter de la découverte de la fraude. Enfin la violence qui, même lorsqu'elle émane d'un tiers (Code Civil, art. 1111), permet de réclamer la nullité de la convention conclue sous son empire, n'est pas, dans le silence de la loi dont les dispositions doivent subir l'interprétation restrictive, de nature à donner lieu à la requête civile dans le système où l'on prête à l'ordre amiable le caractère judiciaire.

Supposons maintenant que le règlement amiable ait eu lieu sans le concours de l'un des créanciers. Il est bien certain qu'il est entaché de nullité. Mais de quelle manière le créancier devra-t-il faire valoir ses droits ? Il ne semble point douteux, dans le système qui voit dans le règlement intervenu un pur contrat, que sa nullité doive être demandée en la forme ordinaire, c'est-à-dire par voie d'assignation devant le Tribunal civil. Mais il est d'usage général de réparer l'erreur sans toucher aux autres points de l'accord intervenu. Bien entendu il y a là plutôt un expédient de pratique qu'une règle juridique.

Si l'on y voit un acte judiciaire, comme le jugement n'a force de chose jugée que d'une façon toute relative et seu-

lement entre ceux qui ont été en cause, il ne lui est point opposable et si le détenteur des deniers, que ce soit la Caisse des Consignations ou l'adjudicataire, n'est pas contraint de payer deux fois, c'est à cause de la disposition particulière de l'art. 2198 du Code Civil que l'on applique ici par voie d'analogie, et qui fait retomber sur le conservateur des hypothèques seul la responsabilité de l'omission dans l'état d'inscriptions, cause de ce que le créancier n'a pas été convoqué. Nous avons vu (p. 21), qu'il y a de fortes raisons pour que cette extension ne soit applicable que si la responsabilité du conservateur (ou celle du greffier, ce qui sera plus rare) est prouvée; qu'alors il y a là, une simple application de l'art. 1382; que si la responsabilité n'est point prouvée, il y a lieu d'accorder une action au créancier omis pour qu'il se fasse restituer par les créanciers qui ne devaient venir qu'après lui ce qu'ils ont touché à son détriment.

Pour les tiers, et seulement si l'on admet le caractère judiciaire de l'ordre amiable, une difficulté se présentera lors de l'exécution de l'ordonnance qui constate l'accord des parties : elle a son origine dans la disposition particulière de l'article 548 du Code de procédure, d'après lequel l'exécution d'une décision judiciaire ne peut avoir lieu contre un tiers que sur le vu de deux certificats délivrés par l'avoué de la partie poursuivante et par le greffier, qui constatent que le jugement n'a été frappé ni d'op-

position ni d'appel. Ces certificats, disent le même article, peuvent notamment être exigés lorsque le jugement prononce une radiation d'hypothèque ou un paiement à effectuer par un tiers. Il n'est point douteux que si l'on est partisan du caractère judiciaire de l'ordre amiable on doit accorder aux tiers le droit d'exiger la présentation de ces certificats, car tout procès-verbal de règlement amiable ordonnera au conservateur des hypothèques d'opérer certaines radiations, et à la Caisse ou à l'adjudicataire d'effectuer certains paiements. Telle est la pratique, mais l'utilité de ces certificats est des plus contestables, puisque nous venons de voir que ni l'opposition ni l'appel ne sont ouverts, sauf en ce qui concerne l'adjudicataire à qui l'on accorde en général la faculté de former opposition au procès-verbal. (En ce sens Grenoble 20 mars 1867 (D. 68, 2, 153. — S. 67, 2. 213. — Tribunal de la Seine, 6 août 1873, *Journal des avoués*, t. 98 p. 406. — Tribunal de Langres 22 mars 1893, *Journal des avoués* t. 118 p. 235.) Il est d'ailleurs tout naturel de lui accorder une voie de recours puisque, comme nous l'avons vu, l'ordre amiable peut être conclu en son absence et même malgré lui, et il aura souvent intérêt à s'y opposer, si, par exemple, il se trouve en droit de réclamer certaines avances qu'il s'est vu contraint de faire, et qu'il peut déduire du prix d'adjudication dont il est débiteur qu'il a précédemment déposé et dont une partie doit lui être restituée. En fait, la formalité exigée

par l'article 548 protégera surtout contre cette opposition de l'adjudicataire, car pour la requête civile, elle n'est point suspensive, et d'ailleurs elle est tellement rare qu'on ne la cite que par respect des principes. En tous cas, il est évident que les auteurs et les arrêts qui se prononcent dans le sens consensuel, repousseront la prétention des tiers qui exigeront les certificats dont nous venons de parler.

CONCLUSION

Nous avons ainsi fini d'examiner la plupart des questions qui se posent à propos de l'ordre amiable. Nous avons vu que, malgré les avantages indiscutables que présente cette disposition particulière de la loi de 1858, il s'en faut que le législateur ait tiré du principe tout ce qu'il pouvait facilement donner. La brièveté de la loi et ses lacunes en des points très importants, surtout en ce qui concerne la nature du règlement amiable sont cause de toutes ces difficultés. Pour que cette innovation produise tous les bons effets qu'elle est susceptible de donner, il serait indispensable que le législateur en définisse nettement le caractère. Les conséquences en seraient très considérables : nous avons vu en effet que la solution d'un grand nombre de questions dont l'importance pratique est extrême, dépendait du parti que l'on croit devoir adopter sur la nature de l'ordre amiable : il en est ainsi tout particulièrement pour la question de savoir quelles voies de recours sont ouvertes contre le règlement amiable. Actuellement, en présence des contradictions que l'on rencontre, il est délicat de prendre un parti, bien qu'il paraisse

naturel, en raison de son origine et de ses diverses ressemblances avec la tentative de conciliation, de rapprocher plutôt le règlement amiable de l'ordre consensuel que de l'ordre judiciaire. Pour la question du ministère des avoués qui, nous l'avons vu, peut en somme être tranchée à part, nous avons dit que plusieurs raisons, surtout d'économie, engageaient le législateur à faire de l'avoué un mandataire légal, dispensé ici de la preuve écrite de son mandat, ainsi que l'admet la jurisprudence la plus généralement suivie.

Mais au point de vue pratique, ce qu'il est permis de trouver le plus regrettable, c'est l'absence de toute disposition autorisant les représentants des incapables à consentir au nom de ceux-ci, en vertu des pouvoirs d'administration dont ils sont revêtus, à un ordre amiable, sauf peut-être dans le cas où aucune collocation ne doit revenir à ces protégés de la loi. C'est là certainement la plus grave des lacunes que présente l'heureuse innovation que nous avons étudiée. Enfin le manque de précision en ce qui concerne les pouvoirs du juge, dû aux contradictions des auteurs et de la jurisprudence, tout autant qu'aux lacunes de la loi, est de nature à entraver beaucoup d'ordres amiables. Aussi y a-t-il des tribunaux où le règlement amiable ne se présente jamais en pratique, les dispositions de la loi ne servant qu'à retarder la conclusion de l'ordre judiciaire, et le peu d'ordres réglés d'accord le sont par devant

notaire. La faute en est au silence de la loi sur un grand nombre de points importants. L'idée en elle-même était des plus heureuses, ses résultats, tout à fait inattendus l'ont bien prouvé : on ne comptait en effet, lors de la proposition de la loi, que sur un dixième de règlements amiables. (Voir le rapport de M. Riché, au Corps Législatif.) Or, la proportion des règlements amiables a atteint jusqu'à 68 0/0 en 1880. Elle est actuellement, il est vrai, en décroissance : de 1881 à 1892, il y a eu une diminution de 14 0/0. Il n'en est pas moins vrai de dire que peu de réformes de procédure ont eu un succès aussi considérable.

Cependant, il reste encore plusieurs réformes à opérer. Deux projets de loi tendant tous deux à la révision générale du Code de procédure sont, depuis quelques années déjà à l'étude. Tous deux ont été déposés à la Chambre des députés ; mais leurs tendances en ce qui concerne notamment l'ordre amiable, dont j'ai seulement à m'occuper, sont fort différentes.

Le premier (1893, session extraordinaire, séance du 9 décembre 1893, documents annexes, p. 251), qui émane de l'initiative de MM. Dupuy-Dutemps, Pourquery de Boisserin et Brisson, et dont les solutions trop absolues ne sont point de nature à être acceptées de longtemps, propose en ce qui concerne le règlement de l'ordre après saisie immobilière, qui est de beaucoup le plus fréquent,

d'en revenir au système suivi jadis dans un certain nombre de nos coutumes (Lorraine, Bourgogne, Normandie, Angoumois, Parlement, de Bordeaux et de Paris), et de placer l'ordre avant l'adjudication, de manière que le jugement d'adjudication délègue directement le prix aux créanciers hypothécaires. Dans ce système, tous les créanciers comparaitraient obligatoirement non plus devant un juge-commissaire, mais devant le tribunal, pendant la procédure sur saisie, pour y formuler leur demande. Ce mode de procédé aurait surtout pour inconvénient de retarder beaucoup l'aliénation de l'immeuble saisi qui reste aux mains du débiteur poursuivi, et se trouve par suite fort exposé à subir de sérieuses détériorations. D'ailleurs le prix n'est point fixé, des réclamations seront peut-être élevées par des créanciers qui se trouveraient sans intérêt comme venant en ordre utile, si le prix était connu. Enfin que dire si le prix de l'adjudication était supérieur au total des créances ? Toute cette procédure ne serait-elle point alors inutile ? En tous cas si des difficultés s'élèvent au sujet de l'ordre, l'adjudication elle-même sera retardée et le remède sera pire que le mal.

Un second projet beaucoup plus modeste a été déposé par M. Antonin Dubost, Garde des Sceaux (1894, Session ordinaire, séance du 5 mai 1894, documents annexes, p. 637). Au lieu de proposer la suppression de l'ordre amiable comme le fait le système précédent, il se contente de

l'améliorer. Cette seconde manière de légiférer est en général de beaucoup préférable, surtout en matière de procédure, à une innovation complète. C'est en effet seulement au bout de quelques années que l'on peut s'apercevoir des inconvénients, et il est plus sage de profiter de l'expérience pour faire disparaître ceux-ci tout en conservant le fonds de la loi, que d'abolir les lois existantes et d'en créer une nouvelle de toutes pièces dont les inévitables défauts rendront nécessaires des modifications.

Le système ministériel a bien compris que la plupart des réformes nécessaires à l'amélioration de l'ordre sont plutôt à opérer dans l'ordre amiable que dans l'ordre judiciaire. En facilitant le premier, on arrivera à rendre le second assez rare pour que les inconvénients n'en soient point par trop criants. La plupart des réformes proposées sont des plus modestes, et complèteraient la loi de 1858 plutôt qu'elles ne la modifieraient ; plusieurs même ne seraient que la confirmation de la jurisprudence.

Voici les principales réformes proposées :

1° Désigner dans tous les tribunaux un juge aux ordres, ce qui rendrait inutile la nomination d'un juge-commissaire par le Président pour chaque ordre ; cette réforme aurait aussi le mérite de remettre nécessairement tous les ordres aux mains du même juge, ce qui est indispensable à leur prompt achèvement.

2° Autoriser formellement tout créancier à se présenter

en personne ou à se faire représenter par tel mandataire qu'il jugera convenable, mais en dispensant expressément les seuls avoués de la preuve écrite de leur mandat.

3° Elever à cinq cents francs le maximum de l'amende de non comparution. C'est la seule disposition du projet qui paraisse critiquable : il y a en effet beaucoup de créanciers ayant hypothèque pour des sommes inférieures, et il est permis de trouver ce chiffre, même comme maximum d'amende, fortement exagéré. Le minimum proposé, 50 francs, n'est-il pas également trop élevé ?

4° Dire expressément que la présence d'une femme dotale ne sera jamais un empêchement à l'ordre amiable.

5° Donner au tuteur tous les pouvoirs nécessaires, mais sous sa responsabilité et avec l'homologation du juge-commissaire, pour consentir au règlement amiable au nom de son pupille. Je crois que cette disposition est la plus importante de celles proposées pour faciliter la conclusion des règlements amiables ; mais actuellement l'unique arrêt rendu par la Cour de Cassation en cette matière, est formel dans le sens de la négative.

6° Autoriser formellement le règlement amiable partiel, et même le rendre obligatoire pour le juge.

On voit qu'il n'y a là que des améliorations très modestes ; mais la plupart d'entre elles, notamment celle qui autoriserait la confection d'un ordre amiable alors même qu'un mineur y serait intéressé, produiraient d'ex-

cellents résultats. C'est là, en somme, presque tout ce qu'on réclame depuis longtemps en cette matière. Il n'y a qu'une lacune à regretter : peut-être eût-il été désirable d'insérer parmi ces améliorations un texte précis permettant de réclamer des dommages-intérêts égaux aux frais de l'ordre judiciaire au créancier qui, par malice pure ou par cupidité se serait opposé à la conclusion de l'accord. Un texte de cette nature aurait certainement pour effet de faciliter la conclusion de beaucoup d'ordres amiables. Mais je ne crois point qu'il faille aller jusqu'à condamner aux frais de l'ordre judiciaire ceux qui se seront opposés à l'ordre amiable dans le seul but de profiter à l'ordre judiciaire des négligences possibles des autres créanciers.

En résumé, comme le dit le projet ministériel que nous venons d'analyser, l'utilité de l'ordre amiable est suffisamment établie par les résultats obtenus. L'innovation préconisée de 1858 par la Commission du Corps Législatif a donc eu un très grand succès. A-t-elle cependant donné tout ce qu'on en pouvait tirer ? Certainement non, et la faute en est surtout au législateur : si presque aucune des dispositions expresses de la loi ne prête à la critique, il en est autrement de la loi en elle-même, puisque des lacunes importantes ont-entravé la conclusion de beaucoup de règlements amiables. Et cependant il y avait en jeu un intérêt considérable : une innovation qui aurait rendu les

ordres rapides et très peu coûteux aurait eu de très grands effets, parce qu'elle aurait facilité le crédit immobilier. Si une bonne hypothèque est actuellement une excellente garantie, il s'en faut que ce soit une sûreté commode et pratique, parce que la réalisation en est beaucoup trop longue et trop onéreuse. En effet, la moitié seulement des ordres judiciaires sont réglés dans l'année ; au contraire, plus de la moitié des ordres amiables sont terminés dans les deux mois et ce, avec des frais moitié moindres. Il faut donc faciliter l'ordre amiable ; et il n'est douteux pour personne que la proportion des règlements amiables augmenterait considérablement si les diverses améliorations que presque tout le monde réclame depuis près de quarante ans, étaient enfin l'objet d'une loi.

Vu le Président de thèse :
E. GARSONNET.

Vu le Doyen :
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
-------------------	---

CHAPITRE I

Quand y a-t-il lieu d'ouvrir l'ordre.

I. — Purge.....	7
-----------------	---

II. — Créancier unique	11
------------------------------	----

CHAPITRE II

Procédure de l'ordre.....	15
---------------------------	----

CHAPITRE III

Issues de l'ordre amiable.

Conciliation.....	25
-------------------	----

Ordre partiel.....	34
--------------------	----

Sous-ordre.....	36
-----------------	----

CHAPITRE IV

Sanctions.

Art. 751 (Amendes).....	41
-------------------------	----

Art. 1382.....	51
----------------	----

CHAPITRE V

Les incapables.

Le mineur.....	57
Femme mariée { commune.....	65
{ dotale.....	66
{ séparée.....	69
Syndic des faillites.....	72

CHAPITRE VI

Nature de l'ordre amiable.....	79
Assistance des avoués.....	88
Signature du procès-verbal.....	93
Force de chose jugée. — Voies de recours.....	96
Conclusion.....	103

